

REVISTA DA

ISSN 2236-8957

# EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ♦ V. 19 ♦ N. 76 ♦ Outubro/Novembro/Dezembro ♦ 2016

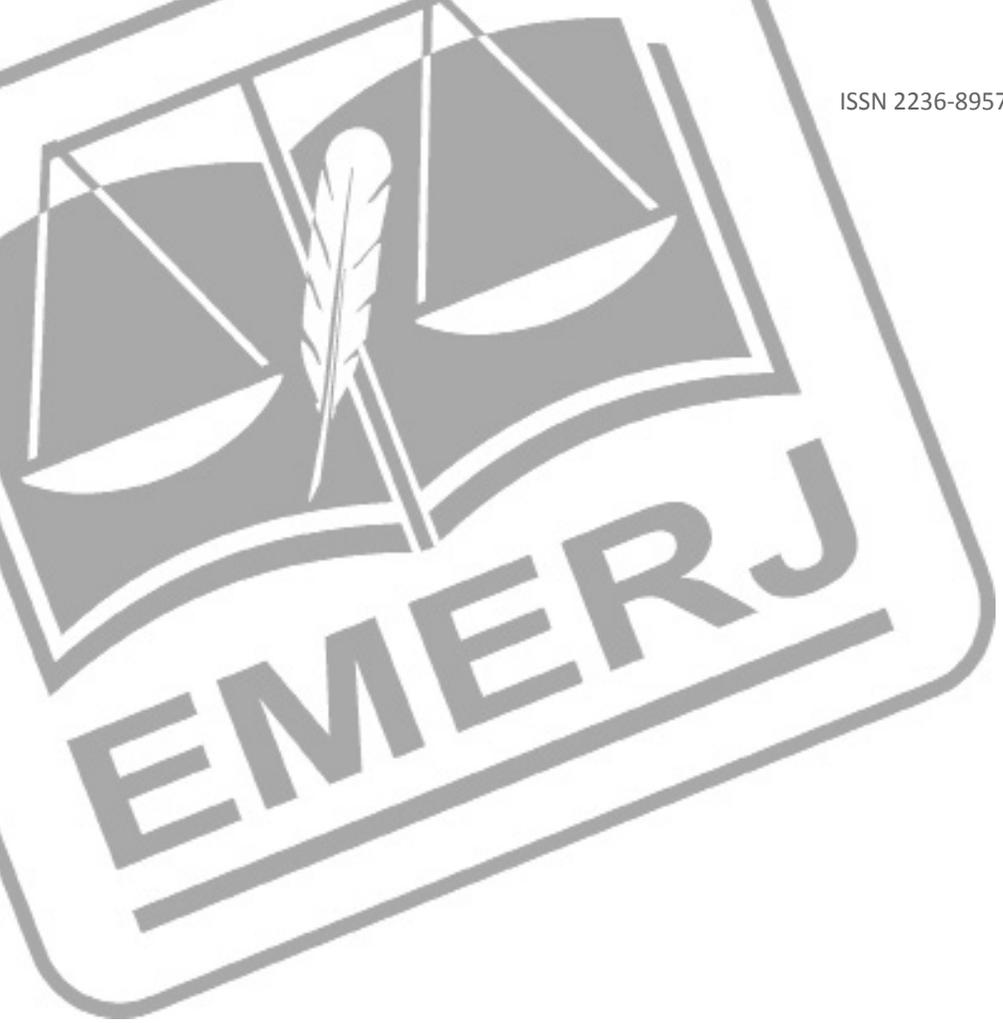
(Edição Especial)



## O Poder Judiciário e os Direitos Humanos no Séc XXI

Coordenação:  
Des. Sérgio Verani e Dr. Rubens Casara

ISSN 2236-8957



# Revista da EMERJ

Outubro - Novembro - Dezembro  
V. 19 - n. 76 - Ano 2016

Rio de Janeiro

© 2016 EMERJ

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

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**Conselho Editorial:** Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze; Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa; Des. Nagib Slaibi Filho; Des. Sergio Cavaliere Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

**Coordenação:** Des. Nagib Slaibi Filho.

**Coordenação Executiva:** Des. Sergio Verani; Dr. Rubens Casara.

**Produção Gráfico-Editorial:** Divisão de Publicações da EMERJ.

**Editor:** Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Organização dos Textos:** Fernanda Graça Melo; **Ilustração Capa:** Luiza Vieira; **Programação Visual:** Rodolfo Santiago; **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras; **Revisão Espanhol:** Elisabete Silva.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ  
Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090  
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561  
[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)

# Diretoria da EMERJ

---

## ❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

## ❖ DIRETOR-ADJUNTO

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

## ❖ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Juíza de Direito Maria Aglaé Tedesco Vilar do

Juiz de Direito Luiz Márcio Victor Alves Pereira

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

## ❖ COMISSÃO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO INICIAL**:*

Desembargador Milton Fernandes de Souza (Presidente)

Desembargadora Jaqueline Lima Montenegro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito

Juíza de Direito Maria Paula Gouvêa Galhardo

Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO CONTINUADA**:*

Área de Direitos Humanos, Gênero, Ética, Filosofia e Sociologia

Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira e Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello

Área de Direito Civil, Processo Civil, Consumidor e Empresarial

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo e Juiz de Direito Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

Área de Direito Penal, Processo Penal, Idoso, Criança e Adolescente  
Desembargador Alcides da Fonseca Neto e Juiz de Direito André  
Ricardo de Franciscis Ramos

Área de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Eleitoral  
Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade e Juiz de Direito  
João Luiz Ferraz de Oliveira Lima

❖ **PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA**

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

❖ **COORDENADOR DE ESTÁGIO**

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

❖ **COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD**

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

❖ **COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS**

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

❖ **SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO**

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ **ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL**

Fernanda Castro Faria Graça Melo

# Sumário

---

- 7 | Apresentação**
- 9 | O Desaparecimento Forçado de Meninas e Mulheres e a Relação com o Tráfico de Pessoas**  
*Adriana Ramos de Mello*
- 17 | La Aporía de Los Derechos Fundamentales sin Soberanía (Los casos de Brasil y España y el problema de la jurisdicción)**  
*Antonio Giménez Merino*
- 30 | O Juiz e o Reconhecimento de seus Próprios Preconceitos: Um Caminho à Imparcialidade**  
*Caetano Ernesto da Fonseca Costa*
- 38 | Direito Insurgente/Psicologia Insurgente**  
*Elza Ibrahim*
- 43 | É Suficiente Recorrer à Convenção da ONU Sobre os Direitos da Criança em Detrimento da Legislação Nacional? Notas a propósito do Projeto de Lei nº 3.792, de 2015**  
*Esther Arantes*
- 62 | Gênero, Maternidade e Reprodução ou Quais são as Razões Para um Fraldário Estar Localizado Dentro do Banheiro Feminino?**  
*Fernanda Castro Faria Graça Melo*
- 72 | El Retorno del Derecho Penal de Autor**  
*José Luis Gordillo Ferré*
- 86 | Transexualidade no Campo Jurídico. Mudança do Registro Civil e as Subjetividades Sentenciais**  
*Kathyla Katheryne*
- 94 | A Efetividade dos Direitos Humanos e Fundamentais em *Terrae Brasilis* (A necessidade de uma resposta adequada à Constituição)**  
*Lenio Luiz Streck*

- 103 | Direitos Humanos e Direito de Família: Em Busca de uma Magistratura Feminista**  
*Maria Aglaé Tedesco Vilarado*
- 114 | Drogas: Legalizar para Garantir Direitos Humanos Fundamentais**  
*Maria Lucia Karam*
- 128 | Situação Política no Brasil e Direitos Humanos**  
*Miguel Baldez*
- 132 | A Luta pela Terra e a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth**  
*Rafael da Mota Mendonça*
- 157 | Direitos Humanos e Diversidade Sexual: Uma Mirada Crítica**  
*Renan Quinalha*
- 165 | O Ministério Público e os Direitos Humanos**  
*Rômulo de Andrade Moreira*
- 182 | Direitos Humanos como Obstáculos à Eficiência do Estado (Ou o Desafio dos Direitos Humanos em Meio ao Ressurgimento de um Sistema de Justiça Penal Autoritário)**  
*Rubens Casara*
- 188 | A Histórica Violação dos Direitos Humanos pelo Poder Judiciário (Da Primeira República ao Século XXI)**  
*Sérgio Verani*
- 195 | Violações aos Direitos Humanos nas Relações de Gênero, Sexualidades e Identidade de Gênero**  
*Simone Cuber Araujo Pinto*
- 205 | O Ativismo Judicial e o (Des)Ordenamento Jurídico -Constitucional**  
*Simone Dalila Nacif Lopes*

# Apresentação

---

É com grande honra que recebo o convite do Diretor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, para escrever a apresentação deste número especial da REVISTA DA EMERJ, intitulado *O Poder Judiciário e os Direitos Humanos no Século XXI*.

Os direitos humanos constituem o grande legado do Iluminismo, traduzidos nas Constituições de Maryland e dos Estados Unidos, por meio das normas de proteção da pessoa em face do poder punitivo do Estado e, de melhor forma, esclarecidos na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, da Revolução Francesa. Diante da indagação, que sempre acometeu intelectuais e filósofos, acerca da natureza dos próprios direitos, se criados pelo Estado, e, conseqüentemente, concedidos aos súditos pelo príncipe como favor (*Gnadenrecht*), ou nascidos da condição humana, o art. 2º da declaração francesa optou de modo expresse pela segunda postulação: *“A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”*.

A concepção de um direito natural, inerente à pessoa humana e imprescritível, já havia surgido desde a filosofia grega, e até mesmo na Pérsia, com Ciro, mas sua asserção verdadeira só veio a ter lugar quando se pôde separar os interesses utilitários do poder dos princípios de uma racionalidade universal. Nesse sentido, importante será compreender os direitos naturais a partir da concepção de pessoa, a qual, deixa, então, de ser expressa por uma simples máscara ou aparência, presente na ideia disseminada no teatro grego e mesmo projetada no Império Romano, para se transformar no portador de racionalidade. Já em 1632, ressaltava Samuel Pufendorf, sob a perspectiva da separação entre direito e moral, a necessidade de se atribuir à pessoa um atributo próprio: *“Porque dotado de alma, que é pronunciada sob a luz do entendimento, o ser humano é portador da mais alta dignidade, pela qual se lhe confere a capacidade de*

*julgar as coisas, de se decidir livremente e de se versar em várias artes”.* Desse modo, sob a égide de uma dignidade, que engloba não apenas a capacidade de julgar, conforme sua compreensão, mas, também, de gerir sua própria conduta, segundo um princípio racional de autonomia, os direitos naturais passam a transmudar-se em direitos humanos. Não serão mais os sentimentos religiosos que irão definir sua condição, mas a capacidade da pessoa de atuar racionalmente. Seus direitos não são concedidos, nem suplicados, serão, portanto, como se extrai de Kant, expressões de sua liberdade. O Estado de Direito nada mais é do que aquele que regula a liberdade, sob o critério de assegurar a todos seu exercício mais completo. Nada mais consequente, portanto, do que incluir esses direitos em uma Declaração Universal, como se fez em 1948 na Assembleia das Nações Unidas. Por outro lado, os direitos humanos não constituem uma entidade puramente abstrata e estática. Conforme as alterações que se efetuam nas relações de produção e, portanto, nas características de uma formação social, variam também os direitos que devem ser opostos ao poder, desde o direito de defesa da liberdade individual diante do Estado, como também as pretensões a uma vida digna e até aquelas relativas ao tratamento homogêneo com a própria natureza.

A iniciativa da EMERJ de trazer ao público interessado nas questões candentes de nossa época os vários enfoques relacionados aos direitos humanos deve merecer todo nosso aplauso. Ainda que devam ser admitidos, no âmbito de uma sociedade culturalmente tão variada como a nossa, pensamentos divergentes quanto à forma de gerir a liberdade, ao sistema político e econômico e também ao próprio destino de cada um, ninguém poderá mais fomentar um retrocesso nas relações humanas mais elementares, que se cultuam como condição estrutural do Estado Democrático de Direito, sob a proteção da dignidade da pessoa humana e a realização plena de todas suas potencialidades. A defesa intransigente dos direitos humanos, como tarefa primordial do Poder Judiciário, é um processo que se desenvolve continuamente, sem o qual a própria vida não mais será possível.

### **Juarez Tavares**

Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

# O Desaparecimento Forçado de Meninas e Mulheres e a Relação com o Tráfico de Pessoas

**Adriana Ramos de Mello**

*Juíza de Direito do TJERJ. Presidente do Fórum Permanente de Violência Doméstica, Familiar e de Gênero - EMERJ*

**RESUMO:** O desaparecimento de seres humanos é um problema que atinge todos os países e seu principal motivo é o tráfico de pessoas, considerado uma das atividades criminosas mais lucrativas do mundo. Grande parte dessas vítimas é composta por mulheres, adolescentes e crianças e tem por finalidade a venda de órgãos, o trabalho escravo, a prostituição e a adoção ilegal. Apesar de o Brasil ter ratificado a Convenção de Palermo e seus protocolos, são vários os obstáculos que se apresentam às famílias na busca por seus entes desaparecidos, como a ausência de uma legislação específica, de delegacias especializadas e de um sistema de alerta nacional.

## 1- INTRODUÇÃO

Todos os dias milhares de pessoas desaparecem no mundo. Muitas delas são meninas e mulheres que representam a maioria das vítimas de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, trabalho forçado e mercado de órgãos. O tráfico de pessoas é um dos comércios mais rentáveis no mundo, perdendo apenas para o de drogas e de armas, e viola os direitos mais fundamentais da pessoa humana - a liberdade e a dignidade sexual. Muitas meninas são retiradas compulsoriamente do convívio familiar, sequestradas e levadas para outros Estados ou mesmo para o exterior, e as mães nunca mais têm notícias de suas filhas. É uma dor sem fim. Algo inexplicável e muito doloroso.

As autoridades não conseguem descobrir o paradeiro dessas meninas e mulheres que geralmente são pobres, moradoras de comunidades carentes e sem recursos. Maior violação dos direitos humanos não existe. A dor da perda e o isolamento dessas mães não têm limites, como obser-

vado em seus relatos<sup>1</sup>. Dentro dessa perspectiva, o presente artigo objetiva mostrar essa realidade e, através da análise dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, demonstrar o compromisso assumido pelo país de criar mecanismos para combater o tráfico de pessoas e o desaparecimento involuntário de meninas e mulheres.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000), conhecida como Convenção de Palermo, é o principal instrumento global de combate ao crime internacional. A Convenção é complementada pelos protocolos que abordam áreas específicas: Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas; Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; e Contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo.

Os Estados-Membros que ratificaram este instrumento se comprometem a adotar uma série de medidas contra o crime organizado transnacional, incluindo a tipificação criminal na legislação nacional de atos como a participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça. A convenção também prevê que os governos adotem medidas para facilitar processos de extradição, assistência legal mútua e cooperação policial. Segundo a Organização das Nações Unidas – ONU, o número de pessoas traficadas no planeta atinge a casa dos quatro milhões anuais.

O Grupo de Pesquisa sobre Tráfico de Pessoas, Violência e Exploração Sexual de Mulheres, Crianças e Adolescente – Violes, da Universidade de Brasília – UNB, apontou em 2010, foco de tráfico de pessoas em 930 cidades brasileiras. O Estado de Goiás lidera o *ranking* nacional de tráfico de pessoas com 18,6% dos casos na última década, mesmo com uma população sete vezes menor que a de São Paulo, que vem em segundo lugar com 12,8% dos casos (Colares, 2004). Os destinos estão em países europeus como Portugal, Itália, Suíça e Espanha, para a exploração sexual, tráfico de drogas, trabalho escravo, venda de crianças e de órgãos.

Além desses países, tem sido mais comum o tráfico para os países de língua portuguesa e os de fronteira com o Brasil. O Brasil também é receptor de pessoas traficadas, vindas principalmente dos países bolivarianos, africanos e asiáticos, e as vítimas são submetidas, principalmente, ao trabalho escravo em indústrias clandestinas nos grandes centros urbanos. Apontado como uma das atividades criminosas mais lucrativas do mundo,

---

1 Vide: <http://blogdasmaesdobrasil.blogspot.com.br/>.

o tráfico de pessoas faz cerca de 2,5 milhões de vítimas, movimentando, aproximadamente, 32 bilhões de dólares por ano, segundo dados da ONU sobre Drogas e Crimes – UNODC.

## 2 - O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Com a divulgação dos resultados da Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil – PESTRAF (2002), encomendada pela Organização dos Estados Americanos – OEA, veio à tona uma realidade alarmante: o Brasil é um dos países campeões no mundo em relação ao fornecimento de seres humanos para o tráfico internacional. O tráfico de pessoas ganhou visibilidade no contexto brasileiro e passou a ser considerado um problema de governo.

A pesquisa evidenciou a ocorrência e a gravidade desse problema em todo o território brasileiro, apontando a existência de mais de 240 rotas de tráfico interno e internacional de crianças, adolescentes e mulheres brasileiras. Merece destaque também os trabalhos conduzidos pela Comissão Parlamentar de Inquérito, criada por Ato da Presidência da Câmara dos Deputados, de 09 de fevereiro de 2012, e constituída em 28 de março de 2012. Esta CPI decorreu de Requerimento formulado pelo Deputado Arnaldo Jordy e outros, tendo como finalidade a investigação do tráfico de pessoas no Brasil, suas causas, consequências e responsáveis no período de 2003 a 2011 (2014) <sup>2</sup>.

Ressalta-se, ainda, que as mulheres formam a maioria das vítimas. Isso ocorre, principalmente, pela intensa atuação das redes internacionais de prostituição no Brasil. Segundo estudo realizado pelo Ministério da Justiça sobre o perfil das vítimas de tráfico de pessoas, a maioria tem entre 18 e 21 anos, pouco estudo, e os critérios para escolha das vítimas são desinibição, porte físico, dotes artísticos e cor da pele.<sup>3</sup>

São muitas as recentes matérias de jornais e sites do país inteiro:

*“Mulheres e crianças são 98% das vítimas de tráfico de seres humanos”*

*“O próximo dia 23 de setembro é lembrado como o Dia Internacional contra a Exploração Sexual e o Tráfico de Mulheres*

<sup>2</sup> <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/54a-legislatura/cpi-trafico-de-pessoas-no-brasil/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao>. Acesso em 3 jul.2016.

<sup>3</sup> [http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_TIP/Publicacoes/2004\\_diagnostico\\_tsh.pdf](http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/2004_diagnostico_tsh.pdf). Acesso em 3 jul. 2016.

*e Crianças, chamando a atenção do mundo sobre um problema que já afetou, só no Brasil, cerca de 70 mil pessoas (...)*”.

(Jornal **O Tempo**, em 18/09/2014).

*“Tráfico de pessoas mira mulheres, crianças e adolescentes para exploração sexual, diz pesquisa. O Ministério da Justiça divulgou nesta sexta-feira (18) estudo inédito que aponta haver grande incidência de tráfico de pessoas para fins de trabalho escravo nos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Pará, Amazonas, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul (...)*”

([http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/18/tráfico-de-pessoas-mira-mulheres-criancas-e-adolescentes-para-exploracao-sexual-diz-pesquisa.htm](http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/18/trafico-de-pessoas-mira-mulheres-criancas-e-adolescentes-para-exploracao-sexual-diz-pesquisa.htm))

Apesar de o Brasil ter ratificado o Protocolo de Palermo e o protocolo facultativo a essa convenção, a legislação brasileira ainda está em descompasso com o tratado internacional.

Muitas crianças e adolescentes desaparecem no Brasil, um fenômeno que, apesar de despertar muita comoção na sociedade, não gera muitos estudos científicos. De acordo com informações do site Desaparecidos do Brasil, a maior incidência de desaparecimentos ocorre devido ao tráfico de crianças por máfias que atuam em território nacional e internacional, as aliciando ou sequestrando para fins de venda de órgãos, trabalho escravo infantil, prostituição infantil e adoção ilegal. Talvez esta seja a maior de todas as dificuldades para a solução do desaparecimento de crianças no Brasil e no mundo. Os criminosos não ficam dentro dos limites do país e da cidade onde o sequestro ocorreu e hoje, aqui no Brasil, as buscas se restringem aos arredores do local onde a pessoa ou criança desapareceu.

A falta de conhecimento por parte daqueles que poderiam mudar e fazer cumprir as leis torna ainda mais grave e distante qualquer solução. Em 2005 o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi alterado pela Lei nº 11.259, que determina a investigação imediata em caso de desaparecimento de criança ou adolescente. No entanto, muitos policiais ainda dizem às famílias que elas devem aguardar o prazo de 24/48 horas para registrar o fato.

Sabemos que quanto mais célere for feito o registro de ocorrência e o início da investigação, mais chances uma criança terá de ser localizada, já que medidas imediatas de busca devem ser tomadas. Podendo ser encaminhada para adoção, traficada para outra cidade ou país, ou levada para abrigos onde permanecerá por tempo indeterminado – e crianças modificam rapidamente sua fisionomia - o tempo passa a ser um fator fundamental para a sua localização.

### **3 - OS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PELAS FAMÍLIAS**

Recorrer à Polícia tem sido um grande obstáculo enfrentado pelas famílias de desaparecidos. Em que pese alguns Estados possuírem delegacias especializadas em desaparecimentos, um registro pode ser realizado em qualquer delegacia de polícia. A ausência de uma capacitação específica por parte dos agentes policiais, associado à carência de estrutura das delegacias têm sido também outros fatores que contribuem para a pouca elucidação dos casos de desaparecimento. A angústia familiar torna-se ainda maior, posto a falta de amparo policial, jurídico e psicológico.

Essa carência de preparo por parte dos policiais e de uma legislação específica sobre o assunto são entraves para a realização dos registros de ocorrência. A falta de plantão nas delegacias e a orientação indevida de que o familiar deve aguardar no mínimo 24 horas para fazer o boletim de ocorrência dificultam ainda mais a localização da pessoa desaparecida.

Mais uma barreira encontrada é a falta de recursos. Constata-se que grande parte das famílias é pobre e tem poucos recursos, muitas mães perdem o emprego porque passam a procurar por seus filhos e filhas, querendo investigar por conta própria. Elas geralmente adoecem e ficam sem forças para procurar ajuda, desconfiam de todas as pessoas e das autoridades. Não sabem a quem recorrer e geralmente são maltratadas pelo sistema de justiça, que inclui a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário.

Pode-se dizer que um marco importante para o debate sobre o tema dos desaparecidos no Brasil ocorreu com a elaboração da “Carta de Brasília”. O documento foi escrito por ocasião do I Encontro da Rede Nacional de Identificação e Localização de crianças e adolescentes desaparecidos, ocorrido nos dias 23 a 26 de novembro de 2005.

Neste documento constam várias propostas importantes e que até hoje estão pendentes de realização, tais como a criação e estruturação material e humana de Delegacias de Proteção à Criança e ao Adolescen-

te em municípios com mais de 100.000 habitantes, dotadas de serviços especializados de identificação e localização de crianças e adolescentes desaparecidos; a centralização das ocorrências não solucionadas de desaparecimento, em cada Estado e no Distrito Federal, num órgão da polícia civil (DPCA ou outro) especializado neste tema e encarregado da manutenção do Cadastro Estadual ou Distrital e da investigação permanente de todos os casos.

Outra medida fundamental que consta do documento é a consolidação do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos - alimentado com dados dos Cadastros Estaduais e do Distrito Federal - incorporando a este novas seções. Estas seriam destinadas à consulta restrita dos órgãos que compõem a Rede Nacional de Identificação e Localização de Crianças e Adolescentes Desaparecidos (ReDESAP) sobre cadáveres não identificados e sobre crianças e adolescentes sem identificação, acolhidas em entidades de abrigo e que buscam por familiares, bem como a inserção de novos campos de coleta de dados sobre crianças e adolescentes localizados, detalhando fatos desconhecidos sobre o período do desaparecimento.

No entanto, este documento foi firmado em 2005 e até hoje não existe um sistema de busca de desaparecidos no Brasil que contemple as necessidades da sociedade e das famílias atingidas. Não existe uma legislação nacional que conceitue o fenômeno, o cadastro nacional criado em 2010 não é alimentado corretamente e não existe uma política nacional que previna o desaparecimento de crianças e adolescentes.

#### **4 - CONCLUSÃO**

Desaparecimento não é crime e nem se trata aqui de torná-lo crime, mas antes de qualquer avaliação é importante destacar que a sociedade e, principalmente, os familiares das pessoas desaparecidas têm direito à informação e acesso à justiça, que todos têm direito de ir e vir com segurança e que, por fim, cabe à polícia investigar com rapidez e seriedade o desaparecimento de crianças e adolescentes.

A cultura das 24/48 horas ainda está arraigada na polícia e na sociedade, por isso, se faz necessário que esta seja transformada através da capacitação, em todos os níveis, dos profissionais que atuam na área, seja em técnicas de investigação, nas técnicas de abordagem e acolhimento das famílias de crianças e adolescentes desaparecidos, ou em outras

habilidades e competências necessárias à execução desse trabalho. É fator essencial para o êxito das investigações que haja a concentração das ocorrências não solucionadas de desaparecimento - em cada Estado e no Distrito Federal - num órgão da polícia civil (DPCA ou outro) especializado neste tema e encarregado da manutenção do Cadastro Estadual ou Distrital e da investigação permanente de todos os casos.

Refletir sobre o desaparecimento forçado implica não apenas a atenção às famílias dos desaparecidos, mas a construção de um arcabouço de ações que contemple, além das sugestões já apresentadas, uma legislação que conceitue adequadamente o fenômeno, a criação de sistemas locais, regionais e nacionais de alerta instantâneo<sup>4</sup>, envolvendo o Departamento de Polícia Federal, o Departamento de Polícia Rodoviária Federal, órgãos públicos e os veículos de comunicação de massa; a criação de cadastros regionais e um cadastro nacional de desaparecidos e, por fim, a criação de protocolos de atuação integrada entre as instituições públicas visando à prevenção e à investigação eficaz dos desaparecimentos. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I ENCONTRO DA REDE NACIONAL DE IDENTIFICAÇÃO E LOCALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DESAPARECIDOS, 2005, Brasília, *Carta de Brasília*, Brasília, 2005. Disponível em: [www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2014/05/carta-de-brasilia.doc](http://www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2014/05/carta-de-brasilia.doc). Acesso em 26 jun. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico de pessoas no Brasil, suas causas, conseqüências e responsáveis no período de 2003 a 2011. Maio de 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes temporarias/parlamentar-de-inquerito/54a-legislatura/cpi-traffic-de-pessoas-no-brasil/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao>. Acesso em 26 jun.2016.

BRASIL. Lei 11.259, de 30 de dezembro de 2005. Acrescenta dis-

---

4 Os Estados Unidos implantou um plano de buscas denominado Alerta AMBER. Por meio dele muitas crianças foram resgatadas com vida das armadilhas dos raptadores. A implantação do AMBER no Brasil seria uma alternativa na prevenção e resolução de casos de desaparecimentos. O caso motor desse plano foi o de Amber Hargeman, que tinha somente nove anos de idade quando desapareceu. Ela foi raptada enquanto andava de bicicleta nas proximidades de sua casa. Seu corpo foi encontrado quatro dias mais tarde flutuando em um riacho, com o pescoço cortado. A tragédia comoveu a comunidade de Arlington. A cidade, juntamente com os pais de Amber, começou uma mobilização para mudar as leis sobre crianças desaparecidas.

positivo à Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para determinar investigação imediata em caso de desaparecimento de criança ou adolescente. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 2/1/2006, Página 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11259.htm). Acesso em 01 jul. 2016.

COLARES, Marcos. "I diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará" / Marcos Colares. – Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2004.

CONVENÇÃO das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças = The United Nations Convention against Transnational Organized Crime. 15 de novembro de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm). Acesso em 26 jun. 2016.

LEAL, Maria Lúcia e Leal, Maria de Fátima P., orgs. Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial - PESTRAF: Relatório Nacional – Brasil. Brasília. CECRIA, 2002. 280 p. Disponível em: [http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Pestraf\\_2002.pdf](http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Pestraf_2002.pdf). Acesso em 26 jun. 2016.

## Sites

### **Blog Mães do Brasil**

<http://blogdasmaesdobrasil.blogspot.com.br/>

Acesso em 26 jun. 2016.

### **Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos**

<http://www.desaparecidos.mj.gov.br/>. Acesso em 26 jun. 2016.

### **Câmara dos Deputados**

<http://www2.camara.leg.br/>. Acesso em 03 jul. 2016.

### **Desaparecidos do Brasil.**

<http://www.desaparecidosdobrasil.org/>. Acesso em 26 jun. 2016.

### **Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)**

<http://www.unodc.org/>. Acesso em 03 jul. 2016.

# La Aporía de Los Derechos Fundamentales sin Soberanía (Los casos de Brasil y España y el problema de la jurisdicción)

**Antonio Giménez Merino**

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Barcelona.*

## 1. ESTADO DE DERECHO, MAGISTRATURA Y SOBERANÍA AUSENTE

En medio del proceso que ha culminado con el *impeachment* contra la presidenta Rousseff, una nota editorial de la revista *Carta Maior*<sup>1</sup> hacía una analogía entre la situación de confusión política en Brasil y la italiana de 1992. En efecto, en 1992 la histórica operación de la magistratura italiana contra la corrupción conocida como *Mani Pulite* puso fin, en un par de años, a la política de la I República italiana. Todo un triunfo, al menos inicialmente, del estado de derecho y sus contrapoderes independientes frente a la corrupción político-empresarial firmemente arraigada en un país que había contemplado un fuerte crecimiento desde el *boom* económico de los cincuenta, al punto de instalarse en el grupo de los siete países más industrializados del mundo. Esta situación de corrupción generalizada, lejos de ser un fenómeno típico de dictaduras, ha sido la nota dominante en todos aquellos países que han experimentado un desarrollo acelerado, como el caso de Italia o el más reciente de España. Lo mismo que sucede con la grave crisis institucional que atraviesa Brasil, donde de los de 513 diputados de los que tienen datos, 299 aparecen investigados en procesos judiciales y 76 han sido ya condenados —según datos de Transparency Brazil—<sup>2</sup>.

---

1 LEBLON, Saul. "A tirania dos salvadores da pátria". *Carta Maior*, 30.07.2015.

2 ROMERO, Simon y SREEHARSHA, Vinod. "Dilma Rousseff Targeted in Brazil by Lawmakers Facing Scandals of Their Own". *The New York Times*, 14.04.2016.

Superada la crisis italiana de 1992, con un rosario de cadáveres políticos entre los partidos tradicionales, la continuación por todos conocida fue el largo periodo de gobiernos Berlusconi, con sus reformas legales para adelgazar los instrumentos de control de la legalidad en manos de los magistrados. Italia registraba el dominio de un partido populista con el apoyo de los grandes poderes financieros, de los que formaba parte el gran holding del primer ministro, así como el resurgir de la democracia plebiscitaria instrumentalizada a través de los *media* (tanto los de la red privada Mediaset controlada por el propio Berlusconi, como la RAI, antiguo símbolo del pluralismo político italiano).

Lo paradójico de este proceso es que terminó tal y como había empezado: con la salida forzada de Berlusconi por la inmensidad de procesos judiciales incoados contra sus abusos de poder. Aunque con una democracia avanzada como la de la Italia de la constitución republicana (la misma que permitió la persecución de la corrupción gracias a los amplios poderes otorgados al cuerpo de fiscales, independiente del judicial) sumamente debilitada.

Durante este largo proceso se ha puesto de manifiesto la inexistencia de alternativas consistentes a los programas de estado mínimo que, mientras tanto (desde el Acta Única Europea al Consejo de Lisboa, pasando por el Tratado de Maastrich), se han ido institucionalizando en la Unión Europea, en el sentido de que no ha aparecido en escena ninguna fuerza política de base popular con fuerte implantación social y una alternativa política consistente. El electorado, antes tan activo, estaba a esas alturas fuertemente despolitizado, y el clamor del *demos* contra la corrupción no ha venido acompañado de participación directa estable en la política.

No resulta pues extraño que, mientras se registra por todos lados un clamor popular para que el poder judicial se ocupe de resolver una corrupción político-económica de carácter estructural, haciendo valer la salvaguarda de la legalidad instituida, su capacidad práctica de intervención haya quedado en cambio enormemente disminuida por la actividad adelgazadora de dicho poder por parte de los partidos mayoritarios, tanto a través de reformas tendentes a dificultar su actuación (sometimiento de la fiscalía a los gobiernos, minoración de los tiempos de instrucción de los procesos, protección del honor del imputado, aplicación de tasas onerosas a los justiciables, marginación de los jueces considerados como *peligrosos*, congelación de concursos de magistrados, presión sobre su

*ratio* de productividad) como a través de una campaña continua de desprestigio de la imagen de los jueces. Con razón éstos, a uno y otro lado del atlántico, se defienden diciendo que no es su función restablecer el anormal funcionamiento de la esfera legislativa y administrativa.

Este escenario apunta a un fenómeno de fondo que señaló Pasolini, con gran anticipación, en los años setenta: el gran “vacío de poder” que asomaba bajo la Italia de los años de su gran desarrollo industrial. Un poder económico cada vez más organizado, internacionalizado e hibridado en las estructuras del estado estaba en condiciones de poder prescindir por fin del sujeto incómodo que fue siempre el “pueblo”<sup>3</sup> (en el sentido político, no sociológico, del término). Pues éste se había convertido “en un tugurio de pequeños burgueses que por fin habían logrado comprarse un televisor”<sup>4</sup> como consecuencia del efecto alucinógeno del consumismo asociado al mismo desarrollo acelerado.

## 2. EL MIEDO COMO INSTITUCIÓN SIMBÓLICA EFICAZ

Cabe preguntarse, en este punto, cuáles han sido las condiciones que se han dado para que el estado de derecho se encuentre en una situación tan débil como la actual para defender los derechos y garantías proclamados en las constituciones y el orden internacional. Y lo primero que hay que recordar es que, históricamente, la legitimidad inicial de que se han dotado todos los estados fundamentados de algún modo en la referencia a un soberano popular ha corrido en paralelo con otra que finalmente la ha terminado por fagocitar: la del miedo, que ha alumbrado el *paradigma securitario* moderno o hobbesiano (“ese paradigma que sacrificaba toda aspiración ética de la política a la posibilidad de garantizar la paz interna mediante la concentración de la fuerza en manos del organismo soberano”) y también el contemporáneo (“una poderosa máquina de producción de desorden y de inseguridad”)<sup>5</sup>.

La lógica schmittiana del enemigo no es, como muchos creen, el motor de esto, sino más bien algo que lo alimenta. Internamente, como lo estamos viendo en Europa con la deriva autoritaria frente a la “amenaza” de los refugiados que es contemplada desde el punto de vista del agrava-

3 AGAMBEN, Giorgio. *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Valencia: Pre-textos, 2001, p. 34.

4 PASOLINI, Pier Paolo. “*Interviste corsare sulla politica e sulla vita. 1955-1975*”. Roma: *Liberal Atlantide*, 1995. p. 57-61).

5 REVELLI, Marco. *La política perdida*. Madrid: Trotta, 2008, p. 53-54.

miento que supondrían para excedente de mano de obra ya disponible, y no desde el derecho internacional humanitario. Y externa o sistémicamente, si contemplamos los fenómenos de la “guerra permanente contra el terrorismo”, por un lado, y la consolidación de la tecnocracia como método normal de gobierno<sup>6</sup>, por el otro.

El miedo generalizado suscitado por la sacudida económica de 2008 y por la idea —reproducida una y otra vez desde los campos político y económico— de hallarnos *ante un único camino* no ha hecho más que profundizar las soluciones tecnocráticas o plutocráticas. La carta tremendamente coactiva enviada por BCE al gobierno Tremonti en 2011 reclamando para Italia la constitucionalización de los presupuestos equilibrados y una batería de recortes sociales sobre áreas protegidas por el mismo texto constitucional<sup>7</sup> bien puede ser interpretada como una expresión de la *jaula de hierro* que atenaza a los países azotados por la llamada “crisis de la deuda”. En España, en efecto, se produjo un movimiento similar con la reforma constitucional *express* para garantizar el pago de la deuda y la permanencia en la zona euro. Y también en Grecia, más recientemente, con el conjunto de políticas privatizadoras y desreguladoras exigidas por la UE tendentes a lo mismo. Las consiguientes formas legales de excepción (decretos de urgencia, leyes ad-hoc, reformas constitucionales a medida) para gestionar la crisis, y el recurso a la coacción en forma de suspensión del flujo de crédito a los países endeudados, ponen en evidencia la impracticabilidad de la neutralización del conflicto social por medios jurídicos a la que hemos llegado.

El miedo también tiene atenazado a Brasil tras la recesión iniciada en 2014, cuya receta política corre también en la dirección de sentido único de la austeridad —puertas adentro— y el mantenimiento del gasto leonino en devolución de la deuda pública —puertas afuera—<sup>8</sup>. Es decir,

---

6 RODOTÀ, Stefano. **Tecnopolítica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione**. Bari: Laterza, 1997. RAMONET, Ignacio. **El imperio de la vigilancia**. Madrid: Clave Intelectual, 2016.

7 DRAGHI, Mario y TRICHET, Jean-Claude. “Carta al primer ministro Tremonti de 5.08.2011”. In: CANFORA, Luciano. **La historia falsa y otros escritos**. Madrid: Capitán Swing, 2013, p. 49-51.

8 La gran paradoja brasileña es que, mientras que el país destinó durante los últimos 12,5 años (hasta mediados de 2015) el equivalente a su deuda pública federal (2,5 trillones R\$), ha multiplicado por dos la deuda, debido a una alta tasa de tipos de interés que contrasta, por ejemplo, con la japonesa (1% por una deuda del 120% de su PIB). Si a ello sumamos la permisividad jurídica ante la deslocalización de las grandes fortunas para eludir sus deberes tributarios y la insuficiente inversión en bienes sociales durante el ciclo de crecimiento, es comprensible la disonancia entre el 7º lugar que Brasil ocupa en la economía mundial y el 79º en el Índice de Desarrollo Humano de la ONU. Vid. CANO, Wilson. “A camisa de força do Estado: Neoliberalismo e endividamento”. **Caros Amigos**, ed. digital, 12.03.2014; KHAIR, Amir. “A taxa básica de juros no Brasil é uma anomalia”. Entrevista de Silvio Caccia Brava. **Le Monde Diplomatique Brasil**, junio 2015, p. 6-8.

según las reglas del capital financiero (bien representado en los ministerios Levy y Barbosa) que obtiene enormes réditos mediante la compra de deuda pública *soberana*<sup>9</sup>.

El resultado de todo esto, en suma, está siendo la suspensión *por tiempo indeterminado* de muchos derechos y garantías del estado constitucional: tanto en el ámbito social, como consecuencia de la gestión neoliberal de la economía, como en el de los derechos de libertad, sometidos a una creciente limitación desde el 11-S (como estamos viendo en Francia con la segunda prórroga al estado de emergencia decretado por el presidente Hollande tras los atentados de París) y también como respuesta a la creciente indignación de las poblaciones depauperadas por los recortes sociales.

Se trata de medidas populares desde el punto de vista del paradigma securitario que nominalmente se trata de restablecer, pero no desde el del vaciamiento de la democracia que suponen, en el doble sentido del debilitamiento propiamente dicho de los derechos y garantías y en el de la conversión de la “excepcionalidad” en un nuevo *Nomos* de contornos difusos y generalizados. Requieren, por tanto, de una legitimación reforzada.

En el ámbito político-económico, ésta se está produciendo, por un lado, mediante el viejo mecanismo representativo: en el panorama de la gobernanza —considerando su aún débil legitimación democrática— la democracia representativa no es ni mucho menos un obstáculo “nacional” a las políticas globales, sino un instrumento *necesario* para la internalización de dichas políticas por los países (como en la Unión Europea sucede con las transposición interna de las normativas y los programas estratégicos negociados entre sus instituciones formales y los grupos corporativos con sede en Bruselas; o como en Brasil ha sucedido con la utilización de métodos parlamentarios anómalos como el *impeachment*). Y, complementariamente a esto, mediante un importante esfuerzo por adherir a las poblaciones a la gobernanza, sobre todo a través de la responsabilidad social corporativa y la promoción de la llamada “economía de emprendedores”.

Este haz de problemas cuenta con un problema añadido recurrentemente señalado desde la sociología, al que nos referíamos en términos históricos en el primer apartado: la progresiva sustitución del ciudadano activo por el consumidor pasivo. Una manifestación de ello es que la ac-

---

<sup>9</sup> El caso europeo es aún más significativo, pues es el Banco Central Europeo, que se nutre de los fondos de los estados miembros, quien en vez de comprar directamente sus títulos de deuda presta a la banca privada (a intereses ridículos) el dinero con el que comprar dichos títulos.

ción estatal sea crecientemente valorada en términos de su eficacia en la creación de empleo o en la contención de la inflación, y no por su capacidad de mantener el sistema asistencialista público —que en el marco de las viejas políticas keynesianas era percibido como salario indirecto—. Así, la estrepitosa crisis del PT en Brasil tras 30 años de legislatura, o la crisis aguda de la socialdemocracia europea, pondrían de manifiesto que las políticas distributivas dependientes de un crecimiento económico sostenido, a menos que vayan acompañadas de una movilización fuerte de base que mantenga politizado al segmento trabajador mayoritario, están condenadas al fracaso en el momento en que se produce una recesión.

En este sentido, Brasil está reproduciendo el caso español del periodo anterior a la crisis de 2008, donde se extendió la falsa consciencia de un bienestar económico duradero sobre la supuesta estabilidad del ciclo expansivo de la economía, con la consiguiente confianza en la movilidad social ascendente basada en el endeudamiento y en el consumo (condiciones que explican, por un lado, que la deuda privada brasileña se haya multiplicado muy por encima de la pública<sup>10</sup> y, por otro, el aumento exponencial de la corrupción<sup>11</sup>). La progresión intensa del mercado hipotecario en ambos países ha simbolizado este proceso de financiarización de los consumidores destinada a elevar la demanda agregada del país, pero con el elevado riesgo, como se ha visto, de un endeudamiento insostenible<sup>12</sup>.

Una de las caras del miedo a la crisis es la violencia. El malestar social por la evolución de la economía, en condiciones de debilidad del experimentalismo democrático de la ciudadanía, tiende a expresarse en actitudes violentas, como queda plasmado en el ascenso de la extrema derecha en Europa o en la brutalización de las relaciones sociales en Brasil<sup>13</sup>. Un buen caldo de cultivo para las derivas autoritarias de los estados. Si observamos el viraje que en el mismo sentido está teniendo lugar en

---

10 Cuyas nocivas consecuencias se ven ahora en el Brasil en recesión, con un crecimiento del 31% de quiebras sólo en el primer bimestre de 2016 en comparación con el mismo bimestre de 2015, o con una caída del 5,2 % en la facturación de las empresas de ventas al por menor en 2015 (LIASS, Paulo. "O estrago generalizado". *Carta Maior*, ed. digital, 27.04.2016).

11 Un dato muy revelador del problema es que dos semanas antes de la gran manifestación contra el gobierno Roussef del 12 de marzo de 2015 la policía federal brasileña desbaratará un intento de evasión de impuestos por grandes grupos empresariales y financieros con un perjuicio estimado para el tesoro público de R\$ 19 billones, más del triple de las pérdidas por corrupción estimadas en la operación Lava Jato (SANTOS, William. "O DNA da corrupção". *Caros Amigos*, nº 218, maio 2015, p. 24).

12 LORENTE, Miguel Ángel y CAPELLA, Juan Ramón. *El crack del año ocho. La crisis. El futuro*. Madrid: Trotta, 2009.

13 SINGER, André. "Solução à esquerda". Entrevista de A. Nabuco, L. Primi y L. Rodrigues. *Caros Amigos*, nº 220, julio 2015, p. 28-32.

EE.UU., en Venezuela, o en Argentina, la perspectiva mundial no parece especialmente alentadora.

### 3. NI NORMALIDAD NI EXCEPCIONALIDAD: UN NUEVO NOMOS

El gran vacío de poder de que partíamos lo es de poder político en su acepción clásica. La soberanía estatal-popular ha sido colonizada por el poder coercitivo de las grandes alianzas y poderes militares agregadas en torno a la OTAN, el poder coactivo de la economía transnacional y el simbólico de los medios de comunicación, ampliamente utilizado por los dos primeros. En consecuencia, es lógico que la producción legislativa (cada vez más dúctil, procedimentalizada, subordinada a la urgencia, negociada con actores extraterritoriales de legitimidad diferida) haya quedado en manos de la voluntad del más fuerte.

Y en este sentido, la idea cada vez más consolidada de hallarnos ante un periodo de excepcionalidad político-jurídica tiene el defecto de dar a entender, *a sensu contrario*, que las cosas pueden volver a la vieja normalidad del estado constitucional de derecho (donde la excepcionalidad era contemplada desde su naturaleza transitoria). Para la doctrina iuspublicista del s. XX, en efecto, las ideas de soberanía y estado constitucional tenían un marco de referencia estable, pero la realidad que se ha impuesto sobre todo desde la crisis de 2008 (cuyos efectos han llegado a Brasil algo después, gracias al consumo interno del país) la contradice.

Por arriba, por las durísimas políticas de ajuste y austeridad impuestas a los países en recesión por organismos que se rigen sin apenas mecanismos de control por las poblaciones afectadas por sus decisiones (La Comisión Europea, el BCE y el FMI en el caso europeo), pero sobre todo por los tenedores de la deuda pública de dichos países (como ejemplifica la oposición alemana a políticas expansivas en Europa, o la presión exterior sobre Brasil para que mantenga elevados los tipos de interés de su deuda<sup>14</sup>). Esto choca frontalmente con el carácter temporal de la revocación de los derechos sociales en situaciones de crisis prescrita por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y revierte directamente en la debilidad *estructural* de los estados para dotar de contenido a estos derechos en relación al poder coactivo de los mercados internacionales.

14 KHAIR, Amir. *Op. cit.* p. 6-8.

Por abajo, como ha señalado Ferrajoli<sup>15</sup>, por la consolidación de la naturaleza de *status* que ha adquirido la ciudadanía desde el punto de vista del creciente número de personas que carecen de condiciones mínimas de vida, tanto internacionalmente (con más de 60 millones de personas sin ciudadanía formal en el mundo, según los últimos datos de ACNUR<sup>16</sup>) como en el interior mismo de los países desarrollados (como ejemplifica la evolución de la pobreza en España significada en los informes independientes, con sólo un 34% de personas que viven sin carestías esenciales<sup>17</sup>).

Para las empresas multinacionales y para los mercados financieros la mayoría de estados son vistos como organizaciones administrativas subordinables, que pueden ser atacadas o sostenidas según su disponibilidad o no a garantizar la amortización de su deuda y a crear condiciones favorables a la inversión internacional<sup>18</sup>. En este sentido, cobra verosimilitud el trágico análisis de prospectiva sobre el futuro del estado de Faría<sup>19</sup>, para quien cabe aguardar una política basada en dos frentes: por un lado, garantizar los derechos de propiedad material e intelectual, los contratos de inversión internacionales, el orden público y los “ambientes de negociación” más propicios para los agentes económicos, en el marco de regímenes regulatorios policéntricos basados en las reglas flexibles de la gobernanza; por otro, diseñar “estrategias de focalización” que, renunciando decididamente a la universalización de los derechos, se limitarían a mantener niveles mínimos de cohesión concentrando los cada vez más limitados gastos sociales en los sectores en situación-límite (desahuciados, desempleados, inmigrantes, trabajadores temporales, jóvenes en espera de su primer empleo, etc.). La firma reciente del Acuerdo Comercial Transpacífico (TTP) o las negociaciones opacas en curso para la firma de la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP) no harían más que caminar, reforzándola, en esta dirección. Igual que el Do-

---

15 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 37.

16 ACNUR. *Mundo en Guerra. Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2014* (<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10072.pdf?view=1>).

17 FOESSA. *VII Informe FOESSA sobre exclusión y desarrollo social en España 2014*. Madrid: Fundación Foessa/Cáritas, 2014.

18 En el caso brasileño, el ejemplo más elocuente es el de los programas de privatizaciones y de concesiones para la exportación de productos primarios, en especial el minero, al constituir una buena parte del proceso de expropiación de las riquezas del país por la prioridad dada a la devolución de los intereses de la deuda (unos 540 billones anuales). Como se ha visto, esto no ha servido para dinamizar la economía brasileña, al tiempo que se traduce en costes públicos adicionales derivados de la insuficiencia de recursos hídricos y la contaminación de capas freáticas por la sobreexplotación de los acuíferos.

19 FARÍA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011, cap. VI.

cumento sobre el salario máximo europeo que se está negociando en el seno de la Comisión Europea para instituir una “Competitiveness Authority” independiente con competencia para determinar el nivel máximo de salarios permitido en la zona euro.

Desde este punto de vista, la desigualdad ha dejado de ser considerada en términos morales y ha pasado a serlo en términos pragmáticos: por las disfuncionalidades que implica en materia de orden público, tanto por el lado de la creciente brecha entre ricos y pobres como por el de la respuesta política que puede crecer al abrigo del hecho fundamental de nuestro tiempo que es la desigualdad. El fortalecimiento del poder represivo de los ejércitos, las policías públicas y privadas y los sistemas penales es la consecuencia más ominosa de esto.

#### **4. LA FUNCIÓN GARANTISTA DE LA JURISDICCIÓN FRENTE A LA CRISIS**

En el contexto descrito, de acorralamiento del estado de derecho por un soberano difuso, apátrida, cabe repensar lo que se puede esperar de la función jurisdiccional en el largo plazo, al tratarse de un elemento basilar de la vieja soberanía estatal ahora puesta en cuestión. En consonancia con esto último, la justicia es acusada a menudo de lentitud y exceso de rigor garantista, cuando lo primero es técnicamente necesario —sobre todo en los casos difíciles— y lo segundo resulta de una conquista histórica que los propios que la critican son los primeros en reclamarla para sí mismos cuando son procesados. Ya nos hemos referido a este acorralamiento al principio, con la proliferación de reformas legales que limitan la acción y la extensión de la justicia, y que en relación a otro de los fenómenos mencionados —la corrupción— tiene su manifestación clara en los intentos de acortar los plazos de prescripción de los delitos y penas —sobre todo en materia económica— o en la evidente desidia política a la hora de poner medios para la persecución de los delitos económicos, especialmente difíciles de investigar dada la sofisticación que han alcanzado en las últimas décadas.

Por apuntar sólo algunos aspectos de lo que cabe esperar de la jurisdicción en orden a preservarse como un poder independiente, diría que, en materia de social, es posible elevar un muro de contención a la especulación financiera mediante la anulación de las cláusulas leoninas de determinados contratos de adhesión, como los hipotecarios, como ha sucedido en España con las llamadas “cláusulas-suelo” de las hipotecas de

interés variable por las que los bancos mantenían su tasa de ganancia al margen de las tendencias bajistas de los tipos de interés oficiales en Europa<sup>20</sup>. También es posible frenar la precarización del trabajo, como sucede en el ámbito español de la universidades con la sucesión de contratos temporales en la mitad de sus plantillas, donde la denuncia ante los tribunales se ha convertido en la única vía ante el blindaje de las autoridades universitarias a la negociación de nuevos itinerarios para la estabilización del profesorado<sup>21</sup>. O incluso pugnar por interpretaciones novadoras del régimen laboral para evitar —en tanto no se obtenga una solución política— la exclusión de muchos trabajadores a los derechos sociales derivados de relaciones no reconocidas por la ley pero que componen importantes substratos de trabajo sumergido, como el de la prostitución<sup>22</sup>. Y lo mismo se puede decir sobre el reconocimiento de prestaciones sociales por incapacidades laborales derivadas de enfermedades atípicas (como el síndrome de fatiga crónica o la fibromialgia) que a pesar de su frecuencia en la sociedad de nuestro tiempo son consideradas como costes adicionales para el servicio de previdencia público, y no como derechos de las personas (no está de más recordar que la “Agenda Brasil” previó que no puedan ser llevados a la justicia los casos de resarcimiento por “tratamientos experimentales onerosos”).

Y es que los derechos, por muy fundamentales que sean, comportan siempre un coste económico (incluso el derecho a la vida, que depende de un aparato policial que la proteja). En las condiciones de crisis sistémica que atravesamos —donde el principio de eficacia prima desproporcionadamente sobre el de garantía de los derechos— esta característica es más visible que nunca. La propia jurisdicción nacional se ve sometida a esta evolución de las cosas, no quedando al margen del fenómeno que ha venido a llamarse como “privatización de los derechos”<sup>23</sup>. En buena

---

20 **Sentencia de la sala civil del Tribunal Supremo 1916/2013 de 9.05.2013** (<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6703660/Clausulas%20abusivas/20130510>) y **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid 53/2016 de 7.04.2014** (<http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNALES%20SUPERIORES%20DE%20JUSTICIA/TSJ%20Madrid/JURISPRUDENCIA/Jdo%20Mercantil%2011%20Madrid%207%20abr%202016.pdf>).

21 **Sentencia 87/16 de 18 de marzo de 2016 del Juzgado de lo Social de Sevilla.**

22 Un buen ejemplo es la Sentencia de 18 de febrero de 2015 del Juzgado nº 10 de lo Social de Barcelona que, desde una perspectiva de género, tutela los derechos fundamentales de las trabajadoras de las “saunas” (empresas que eluden el régimen sancionador de la prostitución) reconociendo el carácter laboral de la relación y en consecuencia la obligación de las empresas a satisfacer las consiguientes prestaciones sociales derivadas. Lo contrario — argumenta el magistrado — supondría agravar el atentado a la dignidad, a la libertad y la discriminación por razón de sexo que se comete sobre estas mujeres (<http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/SENT%20C3%88NCIA%20SOCIAL%2010.%20Cente%20Massatges%20er%20C3%B2tics.pdf>).

23 ESTÉVEZ ARAUJO, J-A. “La privatización de los derechos”. In: **El libro de los deberes**. Madrid: Trotta, 2013, p. 223-253.

parte, en sus manos está validar o resistir a la tendencia a su sustitución por el arbitraje privado como método “eficaz” de resolución de conflictos internos a la empresa: pensemos, en este sentido, en la evolución de la jurisprudencia norteamericana en materia de discriminación, que desde 1986 ha experimentado una tendencia —de efectos expansivos— a admitir la legitimidad del arbitraje en detrimento de la legislación que desde los años sesenta imponía la responsabilidad subsidiaria objetiva del empleador (*vicarious liability*) en los casos de discriminación social o racial<sup>24</sup>.

Aunque ligado a lo social, en materia de derechos de libertad la justicia se halla también de frente al problema de cómo lidiar con las protestas derivadas de las políticas desreguladoras de derechos<sup>25</sup>. España ilustra bien este problema con las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en torno a la denuncia penal contra ciudadanos identificados con cámaras por el cerco al Parlamento de Cataluña a raíz de la aprobación de recortes sociales en 2011, justo después de haberse constituido el nuevo parlamento salido de las urnas. Para el primer tribunal, el código penal no puede anteponerse a los derechos fundamentales de la Constitución (“porque la sanción penal que no tuviera en consideración que los acusados ejercían un derecho fundamental estaría enviando un mensaje de desestimulación a la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y al ejercicio de la crítica política”), en particular a los de expresión y reunión en un contexto de “limitación de la opinión pública por la concentración de los medios de comunicación”, e interpreta la protesta como una “acción revocatoria de mandatos” (al no existir mandato imperativo en nuestro marco político-jurídico)<sup>26</sup>. Para el Supremo, en cambio, “la libertad de expresión y el derecho de reunión chocan con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo”, por lo que califica la conducta de “delito contra las instituciones del Estado”<sup>27</sup>.

24 EDELMAN, Lauren B., FULLER, Sally Riggs y MARA-DRITA, Iona. “Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law”. *The American Journal of Sociology*, v. 106, nº. 6, may 2001, p. 409.

25 Según el informe del Departamento Intersindical de Estadística e Estudos Socioeconômicos **Balanco das greves em 2013** (Estudos e Pesquisas, nº 79, dezembro 2015), Brasil se batió en 2013 el récord de la serie histórica de huelgas registradas en los 30 últimos años, con 2.050 (<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2013/estPes-g79balancogreves2013.pdf>).

26 SAN 31/2014, de 7 de julio ([http://www.aelpa.org/actualidad/201407/sentencia\\_parlament.pdf](http://www.aelpa.org/actualidad/201407/sentencia_parlament.pdf)).

27 STS 161/2015, de 17 de marzo 2015 (<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7328310&links=%22161/2015%22&optimize=20150318&publicinterface=true>).

Parece clara la dificultad, pero también lo decisivo, del papel que ha de jugar la jurisdicción en los tiempos que corren, de mutación del paradigma constitucional en que fuimos formados. En sus manos está la preservación de lo que queda del mismo en términos de derechos y garantías conquistados con tanta dificultad en el pasado.

## 5. CONCLUSIÓN

La dificultad objetiva de los estados para garantizar los derechos sociales, económicos y culturales supone una quiebra material del Estado Constitucional, o, por ser más precisos, la insostenibilidad de la idea de que cada ser humano, por el hecho de serlo, tenga derechos, aunque éstos puedan ser limitados “excepcionalmente” en situaciones de anormalidad. La determinación de las políticas públicas y la consiguiente producción jurídica están orientadas mayoritariamente por fines funcionales, desde el punto de vista de la eficacia, sin importar en exceso la legitimación democrática del proceso de toma de decisiones seguido. La revolución política neoliberal ha convertido al crecimiento, y no ya a los derechos, en el núcleo estructurante del orden social.

Pero a pesar de lo que pueda parecer, la democracia representativa sigue ocupando un lugar central. No tanto por la debilísima capacidad redistributiva que mantiene, sino porque aún no se ha hallado un mecanismo legitimador de decisiones sustitutivo, que las presente como si realmente fuesen fruto de la propia voluntad de sus afectados. El fenómeno se complica desde el momento en que estratos sociales importantes aceptan este nuevo *Nomos*, reaccionando positivamente al recurso político al miedo ante una inseguridad *estructural*. Por eso no parece que nos hallemos en una “tierra de nadie”, sino más bien en una “tierra del más fuerte” donde los grupos de interés más poderosos ocupan el lugar central en el *Nomos* jurídico internacional.

Lejos de ser pacífico, el nuevo *Nomos* político, económico y militar se basa en la aplicación de altas dosis de violencia política (como ejemplifica en España la restricción de los derechos de libertad de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, o de la jurisprudencia reciente sobre el ejercicio de los derechos al conflicto colectivo o a la manifestación; o, en el caso brasileño, las altas dosis de represión empleadas contra las poblaciones desalojadas por la minería o

por la construcción de grandes sedes deportivas, o la reciente minoración de la edad penal). La institución mental de que nos hallamos *ante una única salida* es la idea-fuerza que ha impregnado la gestión tanto de las situaciones de emergencia económica como de la excepcionalidad política global. En el plano económico ha legitimado el traslado de poderes de la instancia legislativa a la gubernamental — con las consiguientes formas legales de excepción para gestionar la crisis — y ha sido funcional a la suspensión del flujo de crédito a los países endeudados y a la especulación con los intereses que han de pagar éstos. En el plano de las relaciones internacionales, ha sido la palanca ideológica para una restricción general de las libertades.

Parece trazarse así una *nueva normalidad* liberada de las constricciones garantistas del estado constitucional de derecho, de la que resulta difícil recomponer coherentemente las ideas de soberanía y derecho. Y ello hace más urgente que nunca la resistencia por parte de lo que queda de refractario a estos procesos, tanto en el interior del estado, como fuera de él. ❖

# O Juiz e o Reconhecimento de seus Próprios Preconceitos: Um Caminho à Imparcialidade

**Caetano Ernesto da Fonseca Costa**

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Diretor-Geral da EMERJ.*

**RESUMO:** Os regimes constitucionais democráticos estão amparados na efetividade dos direitos fundamentais. O propósito do texto é trazer alguma reflexão, principalmente para o magistrado, sobre como poderá lidar com a difícil tarefa de definir os principais conceitos vinculados a essa classe de direitos. Só depois de defini-los é que estará certamente apto a efetivá-los de maneira acertada, para o que se mostra antes fundamental conhecer a dimensão do seu próprio conhecimento e sua influência como técnica de interpretação.

## 1 - INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídicos criados ao entardecer do século que passou e que referendaram os regimes democráticos do mundo ocidental estão, sem exceção, amparados na preservação de garantias constitucionais vinculadas à espécie dos direitos fundamentais. Extensa é a relação dos direitos considerados como essenciais à humanidade, assim como genuína é a preocupação com a preservação desses direitos, do que é dependente o próprio regime democrático.

A questão é que o conceito que direciona os valores contemplados nessa relação não se acha previamente definido no texto constitucional, ou mesmo legal. Também não se mostra estático e imutável seu critério de avaliação, que transmuda inclusive com o tempo, ao menos no terreno da periferia que circunda o núcleo fundamental desses relevantes para-

digmas.<sup>1</sup> O que representa afinal, na prática, a dignidade ou a igualdade humana? A vida ou a saúde do cidadão?

Na realidade, o desafio maior de uma democracia plena não reside apenas na inclusão principiológica e teórica desses valores e conceitos no texto constitucional, mas sim da sua efetivação no dia a dia do cidadão a quem, ao final, vem a ser destinado esse especial aparato de proteção. E não há como se promover essa efetividade sem que, em momento pretérito, se passe por uma oportuna conceituação do valor protegido e objeto do cuidado constitucional, para o que se mostra fundamental a adequada exegese de sua definição.

Em outras palavras, estabelecer a razoável e justa definição do valor protegido pela norma constitucional é tarefa que, obrigatoriamente, antecede ao cuidado que se há de ter com a efetivação do sistema protetivo vinculado aos direitos fundamentais.

Não há fórmula matemática a definir previamente o proceder interpretativo da norma para se atingir esse desiderato, o que não impede, todavia, que algumas recomendações possam ser feitas, notadamente no terreno da hermenêutica judicial. Posto que indubitavelmente será também do Juiz essa tarefa, repita-se, tão essencial à manutenção do regime constitucional democrático.

Como de sabença, as Cortes Constitucionais a rigor se ocupam de definir o conceito desses valores, o que não significa, no entanto, dizer que somente a elas será permitido cumprir essa finalidade. Na verdade, a complexa tarefa dessa definição passa diuturnamente pelos Tribunais como resultado do exercício da própria jurisdição, daí porque os conceitos são permanentemente oxigenados pela seguida participação não só dos juízes, mas de todos os que operam no arrastar de um litígio.

Preocupa-me, particularmente, nesse momento, a forma como atuam ou deveriam atuar os magistrados e não vejo nesse *iter* interpretativo

---

1 Luís Roberto Barroso (2010, p. 128) cita Georges Burdeau e Anna Cândida da Cunha Ferraz em nota de rodapé n. 15: “Georges Burdeau, **Traité de science politique**, 1969, v. 4, p. 246-247: ‘Se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. (...) Há um exercício cotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo’ (tradução livre, destaque acrescentado). Ver também Anna Cândida da Cunha Ferraz, **Processos informais de mudança da Constituição**, 1986, p. 10: ‘Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau.’”

uma solução simples, como resultado de alguma forma pré-concebida de proteção desses valores fundamentais. Todo ou quase todo litígio tem algum recheio, ainda que não seja ele o centro da discussão, vinculado à classe dos direitos fundamentais. Como lidar com essa tarefa?

Esse grande desafio está a exigir respeito, evidentemente, à vontade majoritária, mas ao mesmo tempo cobra do juiz fina sintonia com a manutenção e a efetividade dos desejos e prerrogativas de grupos minoritários. No equilíbrio dessa equação imagino se achar a solução da adequada exegese do juiz.

A discussão é profundamente complexa, o que demonstra o compromisso, no presente texto, de simplesmente fomentar alguma reflexão. Nada, além disso, refletirá a honestidade desse propósito.

## 2 - O PRÓPRIO INVENTÁRIO DO MAGISTRADO

Nenhum de nós que exerce a judicatura, em sã consciência, tem suas opiniões totalmente desvinculadas de algum preconceito ou de ideias já incorporadas em seu próprio consciente ou subconsciente. Somos hoje produto de uma educação moldada pelo exemplo de uma família tradicional, eminentemente patriarcal, na qual a religião, a propriedade e as vinculações sanguíneas tiveram papel de destaque, tanto no lar como no âmbito escolar e social<sup>2</sup>.

Evidente que não cometeríamos aqui o equívoco de estender a todos esse conceito, em processo de generalização inadequado e preconceituoso. Falamos de um conceito difuso, em que pese majoritário, que vem refletido aparentemente no meio jurídico e dentre aqueles que escolhem trilhar os caminhos da judicatura.

Assim chegam, ou ao menos chegaram, por seguidos e seguidos anos, os nossos jovens à carreira da magistratura, que do mesmo modo que seus antecessores passavam a replicar suas ideias e comportamentos em suas decisões, como mantenedores do *status* de poder que ocupavam

<sup>2</sup> Como nos ensina Kate Millett (2010, p. 83): “El patriarcado gravita sobre la institución de la familia. Esta es, a la vez, un espejo de la sociedad y un lazo de unión con ella; en otras palabras, constituye una unidad patriarcal dentro del conjunto del patriarcado. Al hacer de mediadora, entre el individuo y la estructura social, la familia suple a las autoridades políticas o de otro tipo en aquellos campos en que resulta insuficiente el control ejercido por estos. La familia y los papeles que implica son un calco de la sociedad patriarcal, al mismo tiempo que su principal instrumento y uno de sus pilares fundamentales. No solo induce a sus miembros a adaptarse y amoldarse a la sociedad, sino que facilita el gobierno del estado patriarcal, que dirige a sus ciudadanos por mediación de los cabezas de familia. Incluso en aquellas sociedades patriarcales que les conceden la ciudadanía legal, las mujeres salvo en contadas ocasiones, no suelen entablar contacto con el Estado sino a través de la familia”.

- ainda que de forma inconsciente. O direito, notadamente em sua perspectiva positivista, tem muito mais do que simples cheiro de tradição, por isso que sua *práxis* jamais ousou inovar antigos e costumeiros verbetes traduzidos pelo rigor da lei e pela manutenção dos costumes.

Esse inventário pessoal que o magistrado carrega e que o acompanha quase que necessariamente ao longo do exercício de sua profissão não raro é o maior inimigo que se pode ter. Dorme ao seu lado em silêncio, manifestando-se no inconsciente desse juiz, como se fosse a verdade absoluta e a solução adequada para toda a natureza de tantas e tantas adversidades. A expressiva maioria dos juízes não se dá conta da rigidez de suas opiniões e do perigo que traz na “certeza” de suas próprias e normalmente já ultrapassadas convicções.

Essa é, a nosso ver, a primeira tarefa de uma adequada exegese de qualquer conceito jurídico e social por parte de um juiz, ou seja, saber que já se encontra “contaminado” por ideias e prejulgamentos sobre os valores que ele próprio irá interpretar. E que terá que partir de um exercício de autoconhecimento e, porque não dizer, de limitação e redirecionamento dos conceitos desses próprios valores que serão por ele interpretados. Nem sempre poderá fazer prevalecer aquilo que rotula como de correto e adequado, passando a considerar antes disso a existência de uma realidade que pode não ser a sua.

Impressiona, infelizmente, o quantitativo de magistrados que não têm esse grau de consciência, justamente porque ainda vinculados ao conhecimento que lhes foi transmitido em décadas anteriores.

### **3 – O APERFEIÇOAMENTO DO MAGISTRADO**

O aperfeiçoamento que vem sendo continuamente exigido do magistrado tem o propósito de combater esse perigoso e traiçoeiro desconhecimento da realidade que o acompanha em sua rotina.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM vem normatizando procedimentos e exigindo dos Tribunais, através de suas Escolas, a padronização de seus cursos de formação, não apenas para os juízes recém-aprovados e em processo de vitaliciamento, como também dos cursos de aperfeiçoamento para os que desejam a remoção ou promoção por merecimento ao longo de suas carreiras.

Nos cursos de formação inicial, destinados aos novos juízes em sequência à aprovação no certame, a preocupação maior tem sido não só a formação ética e humanista desses magistrados, que cada vez mais jovens ingressam na carreira, mas também a transmissão do prévio conhecimento das principais dificuldades que terão na rotina da profissão.<sup>3</sup>

Já não se faz mais a praxe como antigamente, quando se pensava poder forjar o juiz no aprendizado e na superação das próprias dificuldades cotidianas. Agora, quando estão com um mínimo de conhecimento teórico incorporado - não é raro acontecer e isso ocorre no Estado do Rio de Janeiro - já se familiarizaram com alguma prática, posto que esses jovens magistrados cumprem também, durante o tempo do curso, horas de estágio ao lado de colegas mais experientes.

Após o curso inicial seguem os novos juízes nos estudos ao longo dos demais meses que incorporam o vitaliciamento, tendo que cursar uma carga horária mínima de 120 (cento e vinte) horas. Por último, há o aperfeiçoamento destinado aos juízes já vitaliciados e que queiram concorrer a remoções ou promoções por merecimento ao longo da carreira.<sup>4</sup>

Infelizmente devemos reconhecer que nesse capítulo o sistema não atende satisfatoriamente ao que se propõe, vale dizer, atualizar o magistrado permanentemente no seu imprescindível conhecimento. Transmitir conhecimento a um juiz não é tarefa das mais fáceis e pelo que foi possível perceber no exercício desse tempo que permaneço à frente da direção da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, essa equação de dificuldades se repete no mundo inteiro.

---

3 Art. 5º da Resolução Enfam nº 02 de 08 de junho de 2016: “O Programa de Formação Inicial, voltado para o desenvolvimento de competências necessárias ao exercício da magistratura, compreende os seguintes cursos:

I – Curso Oficial para Ingresso na Carreira da Magistratura, que constitui etapa final facultativa do concurso realizado para a seleção de juizes;

II – Curso Oficial de Formação Inicial, realizado imediatamente após a entrada em exercício do magistrado;

§ 1º O Curso Oficial de Formação Inicial conterà, compulsoriamente, um módulo nacional que será promovido pela Enfam.

§ 2º O Programa de Formação Inicial deve fazer uso de métodos ativos que promovam a participação e a interação dos discentes, em conformidade com as diretrizes pedagógicas definidas pela Enfam, dando ênfase à formação humanística, interdisciplinar e à prática da atividade judicante.

§ 3º As escolas judiciais poderão disponibilizar curso de adaptação aos magistrados ingressos nos tribunais pelo quinto constitucional.

---

4 Art. 7º da Resolução Enfam nº 02 de 08 de junho de 2016: “O Programa de Formação Continuada consiste em ações que levem à ampliação e ao desenvolvimento de competências profissionais e engloba todos os cursos oficiais de aperfeiçoamento dos quais o magistrado vitaliciando ou vitalício deverá participar ao longo da carreira, a saber:

I – Cursos oficiais de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento, realizados durante o período do estágio probatório e destinados a magistrados que já tenham participado do Curso de Formação Inicial;

II – Cursos oficiais de aperfeiçoamento para promoção na carreira, destinados ao desenvolvimento de competências identificadas ao longo do exercício da magistratura”.

Excesso de trabalho, autonomia profissional e, porque não admitir, o próprio desinteresse em casos específicos, têm sido adversários astutos e difíceis de derrotar. Fazer esse trabalho de “interessar” o juiz no estudo e na pesquisa de matérias afins ao Direito é o grande desafio de todas as Escolas Judiciais.

Nesse ano que passou, por exemplo, a demanda em massa foi direcionada ao novo Código de Processo Civil, dentro de uma perspectiva de pura necessidade, ao passo que os cursos oferecidos na área das Ciências Humanas deixaram a desejar em termos de procura. Isso é preocupante posto que os conceitos, principalmente nesse terreno, mudaram muito depois da nossa Constituição, que está se aproximando dos trinta anos.

As relações afetivas se avolumaram em importância, o sexo deu lugar ao gênero, os direitos sociais são cada vez mais descumpridos e a noção de dignidade humana como principal referência dos valores fundamentais já não tem os contornos que imaginou o nosso constituinte de 1988.

Devemos reconhecer, em verdadeiro mea culpa, que há juízes atuando em segmentos criminais que não têm qualquer perspectiva de gênero, ou que ainda acham que o casamento tradicional de um homem com uma mulher é a única maneira de acasalamento! Essa é a nossa realidade e enquanto perdurar tal *status* veremos posições de teratologia já não admitidas pelo universo jurídico e pela realidade social que cerca a muitos magistrados, tudo isso em quantitativo infinitamente superior ao desejado.

Há que se pensar, como solução, em modos de trazer o magistrado para a Escola de forma continuada e permanente, fazendo com que os conceitos que a sociedade tem alterado com tanta liquidez e velocidade sejam, também por eles, a todo tempo repensados.

Tenho que o caminho não deve ser, necessariamente, o de tentar implementar uma nova forma de pensar, mas trabalhar com esse juiz um preliminar exercício de reflexão, destinado a demonstrar, pelo menos, que há outras realidades que não aquela que o mesmo carrega no seu imaginário.

#### **4 – A DIGNIDADE HUMANA: O PARADIGMA PRINCIPAL**

Como já disse alhures, não creio em equações miraculosas para solucionar todos os conflitos constitucionais que desaguam no nosso Judiciário. Na técnica da interpretação há que se fazer exercícios nem sempre de fácil indagação, principalmente do juiz que terá que pôr fim àquela celeuma que lhe é apresentada em forma de litígio.

O Critério da Ponderação tem inegavelmente requintado significado em nossa hermenêutica, mas penso que a tarefa primeira de um juiz sempre será, dentro da perspectiva de resguardar o texto constitucional, a de fazer prevalecer para o cidadão um mínimo de dignidade humana.

Mas afinal de contas, o que representa essa dignidade? Em que termos pode e deve ser ela aquilatada pelo magistrado ao decidir um conflito de interesses?

Aproveitamos a lição do mestre João Pedro Gebran Neto, na obra **“A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – A busca de uma exegese emancipatória”**, para tentar responder a essa indagação. Leciona o renomado mestre:

*“O princípio da dignidade da pessoa humana antes referido, além de configurar o mínimo necessário para um Estado Social de Direito, funciona como pedra angular para a interpretação constitucional, servindo de norte e como última ratio para dirimir conflitos entre interpretações. José Carlos Vieira de Andrade, após analisar os direitos fundamentais em três ordens, assinala que ‘há um conjunto de direitos fundamentais, do qual decorrem todos os outros: o conjunto dos direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens.’” (2002, p. 47-48).*

Há, portanto, um mínimo a ser observado ao ser humano, em termos de respeito e dignidade, não só no terreno material, mas também espiritual, de forma que a vida valha a pena ser vivida.

## 5 – CONCLUSÃO

A natureza humana que reveste o magistrado na técnica interpretativa da lei o conduz ao perigoso caminho de não questionar, com o devido rigor, a influência do seu próprio conhecimento - ou desconhecimento - na qualificação e definição dos valores embutidos no conceito objeto da pesquisa.

São valores já incorporados, muitas vezes até preconceituosos, que transitam perigosamente pelo inconsciente do juiz como se fossem verdades absolutas e o exato reflexo da expressão da realidade.

Para tentar combater essa prática traiçoeira, nossa proposta é a de conscientizar esse juiz/intérprete, para que tenha sempre em mente as seguintes e importantes reflexões:

1. Ter sempre o juiz a noção da limitação do seu conhecimento e da velocidade com que o mesmo se torna obsoleto no mundo atual e globalizado;

2. Possuir a todo tempo a exata dimensão da adversidade, melhor dizendo, da pluralidade de conceitos, de crenças e de ideologias que o cercam, de forma a saber que há outros valores que pode e deve considerar;

3. Jamais se afastar de seu compromisso com os valores fundamentais, norteando e atualizando seus próprios conceitos pela efetividade e o compromisso com a dignidade humana e a garantia do mínimo de subsistência não só em termos de valores materiais, mas também espirituais e de afeto.

Evidente que o atuar hermenêutico não pode se esgotar em tão simples conceitos, mas de alguma maneira - isso é certo dizer - se seguidos irão ajudar o juiz a encontrar-se com o espírito da lei e da nossa Constituição Federal. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: RT, 2002.

MILLETT, Kate. **Política Sexual**. Madrid: Cátedra, 2010.

RESOLUÇÃO Enfam N. 2 de 8 de junho de 2016: **Diário da Justiça Eletrônico**, Edição nº 1989, Brasília. Disponibilização: 10 de Junho de 2016. Publicação: 13 de junho de 2016.

# Direito Insurgente/ Psicologia Insurgente

**Elza Ibrahim**

*Psicóloga aposentada do Manicômio Judiciário. Professora do departamento de Psicologia da Universidade Veiga de Almeida.*

Começo me apropriando da expressão criada por Miguel Baldez de ‘direito insurgente’ para estendê-la ao que irei chamar de ‘psicologia insurgente’. O ‘direito insurgente’, como nos ensina Baldez,

*surge de práticas insurgentes contra o direito oficial do Estado, de cujo absolutismo decorre o dever genérico de submissão à lei dada. Direito insurgente [...] significa rompimento com a ideologia classista de que o direito é o mesmo para todas as épocas e lugares, devendo ser aplicado indistintamente sem levar em conta as grandes diferenças sociais, econômicas e culturais de classe, tanto aos interesses dos possuidores como a dos despossuídos<sup>1</sup>.*

Assim, o direito insurgente é aquele que surge das demandas do povo, aquele que emana das práticas sociais. Penso que, paralelamente, a ‘psicologia insurgente’ emergiria de práticas insubordinadas contra aquelas propostas pela psicologia positiva, hegemônica, corporativista, que vem a serviço da proteção às normas institucionais, naturalizadas e, por isso, engessadas.

É sabido que, ao se trabalhar em instituições totais, o profissional corre o risco de se adaptar ao fenômeno da prisionização<sup>2</sup>, conforme alerta Augusto Thompson<sup>3</sup> especialmente se ele lá permanece durante mui-

<sup>1</sup> "Anotações sobre o Direito Insurgente". **Caderno de Direito Social**. Rio de Janeiro: UERJ, 1994.

<sup>2</sup> O termo ‘prisionização’, cunhado por Donald Clemmer (1950), demarca os efeitos psicológicos do confinamento, indicando a adoção do modo de pensar, dos costumes e dos hábitos da cultura geral de quem vive enclausurado em penitenciárias e afins.

<sup>3</sup> **A questão penitenciária**. Petrópolis: Vozes, 1976.

tos anos. Neste caso, é comum observar-se uma forte identificação com a engrenagem institucional, o que lhe dificulta ter um olhar crítico e diferenciado em relação à mesma. E mais: essa maciça identificação produz uma atitude maquinal e automática de aceitação a tudo o que é dito e proposto pela instituição, levando o operador da saúde a acatar cegamente e a obedecer a determinadas regras e normas sem, ao menos, se arriscar a questioná-las. Tanto o encarcerado, quanto o psicólogo, acabam, por vezes, se adequando aos mecanismos e às estruturas que permeiam o campo institucional; tornam-se, via de regra, cronificados e engessados aos princípios e modelos já constituídos, o que lhes impossibilita a estranhar o que está posto, a resistir ao que lhes é estabelecido e determinado.

Trabalhando por quase 30 anos como psicóloga do Manicômio Judiciário<sup>4</sup> (oficialmente chamado de Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Heitor Carrilho), lá eu vi e vivi muita coisa. Mas o que mais me afetava era perceber a incapacidade do ‘corpo técnico’ de reagir em relação às normatizações do poder instituído, de desconstruir a lógica institucional e, em seu lugar, tentar produzir novos acontecimentos, novos olhares, novas posturas, enfim, demolir a doutrina do *‘porque sempre foi assim’*....

Eu percebia uma grande dificuldade dos profissionais em tentar reagir a estes *memes*, aceitando-os de forma totalmente naturalizada, sem questionamentos ou dúvidas. Acredito que uma das funções do profissional da saúde é a de desmontar e desconstruir essas certezas que, ao longo dos séculos foram se naturalizando como verdades absolutas. Uma delas diz que *“todo paciente esquizofrênico é perigoso e, portanto, potencialmente criminoso”*. Existe uma citação de Thomas Szasz, psiquiatra húngaro, e importante crítico dos fundamentos morais da psiquiatria, que diz o seguinte:

*Faz parte integral da psiquiatria, enquanto ‘ciência’ da mente humana, a noção de que os esquizofrênicos paranoides são perigosos. Assim como os verdadeiros crentes do judaísmo acreditam que os judeus são o Povo Escolhido e assim como os verdadeiros crentes do cristianismo acreditam que Jesus é Deus, assim também os verdadeiros crentes da psiquiatria*

---

4 O MJ é um hospital psiquiátrico-penal, que custodia em sistema de reclusão e sob regime fechado, indivíduos portadores de sofrimento mental que cometeram crime.

*acreditam que a esquizofrenia paranoide é uma doença identificável e que os que sofrem dessa doença são perigosos.*<sup>5</sup>

Evidências, naturalizações, verdades absolutas... Faz-se imperioso resistir a elas! Necessário é que nem só os pacientes resistam, mas também nós, os operadores da saúde. A 'psicologia insurgente' viria para repudiar este campo de indistinção e de nebulosidade e, em seu lugar, deveria voltar o seu olhar para o sujeito como um sujeito único, com todas as suas especificidades.

Somente desta forma, psicologia e direito (insurgentes) podem se tornar instrumentos a serviço desses sujeitos que, na verdade, são vistos como 'não sujeitos', os 'não confiáveis', os 'não privilegiados', os 'sem-história'. Enfim, são os 'sujeitos infames', como dizia Michel Foucault - um dos maiores pensadores do século XX, um ferrenho crítico dos postulados teóricos com relação aos saberes, especialmente aos saberes relativos à loucura. Foucault<sup>6</sup> chamava de 'homens infames' aqueles homens sem fama, sem glória, o homem comum, de quem a sociedade tratou sempre de marginalizar, assim como marginalizou os mendigos, as prostitutas, a 'criança abandonada', os homossexuais, os pobres e os insanos. Enfim, os indesejáveis, de quem a sociedade deveria ser defendida. E, tanto o direito, como a psicologia/psiquiatria funcionaram como a principal plataforma de defesa da sociedade (*in dubio pro societate*).

Nesta mesma lógica de exclusão, Foucault traz – em uma de suas obras mais complexas<sup>7</sup> - a imagem ficcional da *Nau dos loucos* que teve uma existência concreta nas sociedades europeias entre o século XIV e XVI. O louco era escorraçado das cidades e vagava pelos mares até ser definitivamente excluído de todo e qualquer contato com o mundo. A *Nau* era o seu único destino. Analogamente, aqui no Brasil em fins do século XIX tivemos uma 'réplica' da *Nau*: os estados que não possuíam hospitais psiquiátricos enviavam seus loucos para a capital federal num trem chamado *Trem de Doido*, no mesmo modelo de exclusão da *Nau dos loucos*. Mas isso não foi coisa apenas do passado...

Até hoje assistimos a perpetuação deste tipo de higienização das cidades. Os exemplos são inúmeros: ônibus que não podem fazer parada final em determinados pontos da zona sul em dia de praia; a inexistência

<sup>5</sup> *A Escravidão Psiquiátrica* (1986).

<sup>6</sup> *A vida dos homens infames* (1977).

<sup>7</sup> *História da loucura*. São Paulo: Perspectiva, 2009.

de linhas de ônibus trafegando nos finais de semana entre as zonas sul e zona oeste, especialmente à noite; e tantos outros ‘interditos’ como estes. Completando, gostaria de citar uma das letras de Marcelo Yuka, chamada *Todo camburão tem um pouco de navio negreiro...* Tudo isso vem para se confirmar a ideia perversa de que determinadas pessoas não podem ter direitos porque elas simplesmente não deveriam existir! Daí justificam-se as práticas atuais de extermínio e de higienização social.

Dentre estes ‘não sujeitos’ se acham incluídos os pacientes inimputáveis internados nos manicômios judiciários. São aqueles que cumprem uma modalidade de pena chamada Medida de Segurança, que é na verdade uma condenação penal. E eu diria ser pior, pelos simples fato de estar travestida de uma aura humanística de tratamento. Trata-se, na verdade, de internação de caráter perpétuo, gerada sob a influência da escola criminológica positivista.

No Manicômio Judiciário<sup>8</sup>, é possível encontrar-se desde aquele paciente que cometeu um ato considerado criminoso como resultado de um surto psicótico, até o caso de uma paciente que, depois de reiteradas internações em hospitais psiquiátricos e de uma infração sem grandes consequências, é internada no MJ sem data para sair. Esses sujeitos, apesar de não voltarem a cometer nenhum ato infracional, permanecem internados nos manicômios e cronificados em sua patologia. São pessoas que, apesar de ao longo dos anos viverem num campo ‘gerador de loucura’, conseguem surpreendentemente se manter vivos.

Sabendo de tudo isso, se faz mais do que necessário que os operadores da saúde se sensibilizem com a vida desgraçada e indigna dos inimputáveis. Mas isso só não basta! É preciso ter, de fato, uma atitude crítica de resistência a todas as formas de assujeitamento! E encontrar saídas, sejam elas quais forem! Parece-me que a atitude crítica seria uma prática de não aceitação daquilo que nos é determinado, um permanente questionamento do “*porque sempre foi assim*”...

Antes de terminar, gostaria de exemplificar uma situação que pode ajudar a entender melhor sobre o que estamos falando: sobre os direitos do sujeito encarcerado.

---

8 Apesar da extinção dos manicômios a partir da Lei de Reforma Psiquiátrica de 2001, as ‘práticas manicômiais’ ainda estão presentes sob as formas de sujeição, enclausuramento e exclusão, vigentes em diversos locais de atendimento ao chamado ‘louco-infrator’.

Existe na Lei de Execução Penal um artigo (Art. 176) que determina que *‘em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade’*.

Ora, no momento em que o paciente consegue, de próprio punho, dirigir-se ao juiz da execução através deste requerimento, ele se mostra efetivamente como o protagonista de sua própria história, falando por si e não mais através dos ‘especialistas’. É um direito vivo, que se insurge do próprio campo, sem mediação. Impedir o acesso do paciente a este direito é um ato cruel e perverso. O papel do psicólogo seria o de ratificar este direito, facilitando ao paciente a possibilidade de exercê-lo, deixando que ele fale por si, com sua própria voz. A viabilidade de concretização dessa prática (a de exercer o seu direito) pressupõe o despojamento do saber/poder da psicologia. Ao despojar-se, o profissional da saúde coloca-se ao lado do paciente, resistindo junto com ele, contra as naturalizações e normatizações impostas pela instituição.

Portanto, para garantir a efetividade desses direitos já proclamados na Lei de Execução Penal, é necessário que, através de um direito político de resistência do paciente, se agregue o direito político de resistência dos operadores da saúde num trabalho em conjunto.

É preciso ousar! É preciso não temer questionar o naturalizado! É preciso romper com as verdades absolutas que nos condenam a ter que aceitar o paralisante e o petrificante *‘porque sempre foi assim’*... ❖

# É Suficiente Recorrer à Convenção da ONU Sobre os Direitos da Criança em Detrimento da Legislação Nacional?

## Notas a propósito do Projeto de Lei nº 3.792, de 2015

**Esther Arantes**

*Professora da UERJ e PUC-Rio*

Deu entrada na Câmara dos Deputados, no início do ano de 2016, o Projeto de Lei nº 3.792, de 2015<sup>1</sup>, que “Estabelece o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, e dá outras providências”. Em que pese a grande consideração que temos pela Deputada Maria do Rosário, autora do PL, por sua indiscutível militância a favor dos direitos humanos de crianças e adolescentes, consideramos que o PL incorre em inúmeros equívocos e incorreções conceituais, principalmente porque busca, a qualquer custo, colocar a criança como responsável pela produção de prova judicial, nos casos em que ela figura como vítima ou testemunha de crimes.

É preciso deixar claro que não estamos aqui nos colocando contra ou criticando projetos que ampliem e garantam os direitos de crianças e adolescentes. Muito ao contrário, somos favoráveis a tais projetos. No entanto, no que concerne ao PL 3.792/2015, divergimos quanto ao sentido do que seja proteção de crianças e adolescentes, nas situações em que são chamadas a prestarem esclarecimentos sobre os fatos em que comparecem como vítimas ou testemunhas de crimes. Daí a necessidade de um debate sobre este PL, seja para endossá-lo, modificá-lo ou mesmo retirá-lo de pauta – o que for o caso.

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1422633.pdf>.

Ademais, conforme a lista apresentada ao final do PL, em que a Deputada Maria do Rosário agradece a participação de renomados peritos no “Grupo de Trabalho sobre o Marco Normativo da Escuta de Crianças e Adolescentes”, verifica-se a ausência de representantes das Políticas Públicas nas áreas de Saúde, Assistência e Educação, bem como de representantes dos Conselhos Profissionais de categorias envolvidas nas atividades previstas pelo PL, como é o caso de psicólogos e assistentes sociais - profissionais estes que geralmente compõem as equipes técnicas dos diversos serviços da chamada Rede de Proteção, e também, a ausência de representantes do próprio Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

Assim, ao recebermos convite para participar da 252ª Assembleia Ordinária do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), no dia 15 de junho de 2016, para tratar do PL 3.792/2015, prontamente aceitamos, ainda mais porque o referido PL havia sido retirado das Comissões onde tramitava, para ser votado no Plenário da Câmara dos Deputados, em caráter de urgência, sem nenhuma Audiência Pública.

Na oportunidade, lembramos aos conselheiros do CONANDA a “Manifestação da Comissão da Infância e Juventude da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP)”<sup>2</sup>, que faz severas críticas ao PL, lembrando, também, que a própria Relatora do PL, deputada Laura Carneiro, considera que o PL peca gravemente contra a técnica legislativa, não podendo ser levado à votação no Plenário da Câmara da forma como está redigido - tanto que decidiu apresentar um Substitutivo. Também fizemos menção ao “Manifesto coletivo de entidades e profissionais das áreas de Serviço Social, Psicologia e Direito sobre a temática do Depoimento Especial de crianças no Judiciário - Dilemas e controvérsias”<sup>3</sup>, divulgado no “XXVI Congresso Nacional da ABMP”, realizado em maio de 2016, na cidade de Curitiba.

Em nossa fala na 252ª Assembleia Ordinária do CONANDA, procuramos fazer um histórico da questão e pontuar os principais problemas do PL e, principalmente, mostrar aos conselheiros o quanto o PL ignora o que a sociedade brasileira vem construindo desde a Constituição de 1988, e o quanto se estava utilizando da comoção nacional causada pelo estupro coletivo da adolescente, ocorrido no Rio de Janeiro no mês de maio de

<sup>2</sup> <http://www.aasptjsp.org.br/sites/default/files/Nota%20da%20ANADEP%20sobre%20PL.pdf>.

<sup>3</sup> <http://www.aasptjsp.org.br/noticia/depoimento-especial-de-crianc%C3%A7as-no-judici%C3%A1rio-dilemas-e-controv%C3%A9rsias>.

2016<sup>4</sup>, para tentar votar o PL em caráter de urgência, sem nenhum debate e/ou Audiência Pública.

Para os propósitos deste texto, vamos nos restringir à análise do art. 1º do PL, como se vê abaixo, buscando pensar as implicações da ausência de seu embasamento na legislação nacional:

*Art.1º – Esta Lei normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do artigo 227 da Constituição da República, da Convenção sobre os Direitos da Criança, do Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil, e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; estabelece ainda medidas de assistência e proteção às crianças e adolescentes em situação de violência e dispõe sobre a criação de órgãos especializados em crimes contra a criança e o adolescente.*

Como podemos constatar, excetuando-se o artigo 227 da Constituição Federal, o PL não menciona, em seu art.1º, nenhuma outra legislação nacional:

1) Não menciona o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que “dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.” Ao não mencionar o ECA, pode, por exemplo, desconhecer o art. 2º, que considera como criança “a pessoa até doze anos de idade incompletos” e, como adolescente, “aquela entre doze e dezoito anos de idade”, afirmando o PL que a criança de qualquer idade e condição poderá ser ouvida em procedimentos administrativos e jurídicos. Temos que observar que o direito de participar não é um princípio absoluto, devendo-se articular com os outros princípios da própria CDC: não discriminação, melhor interesse da criança e direito à sobrevivência e ao desenvolvimento.

Igualmente, o PL pode ignorar o artigo 151 do ECA, que assegura à equipe interprofissional “a livre manifestação do ponto de vista técnico”. Assim, pode tentar impor aos profissionais a obrigação do uso de instru-

4 <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/vitima-de-estupro-coletivo-no-rio-conta-que-acordou-dopa-da-e-nua.html>.

mentos padronizados – que já estão sendo testados no Brasil, a partir de modelos norte-americanos<sup>5</sup>.

2) Não menciona nenhuma Resolução do CONANDA, principalmente a Resolução 113/2006, que dispõe justamente sobre os parâmetros para a institucionalização e o fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, estabelecendo como eixos estratégicos de ação a defesa, a promoção e o controle da efetivação dos direitos humanos. Assim, o PL pouco ou nada se preocupa com o acolhimento e proteção da criança, restringindo-se à regulamentação do tema no âmbito criminal, conforme Nota da ANADEP.

Também não menciona a Resolução 169/2014, que dispõe sobre a proteção dos direitos de crianças e adolescentes no atendimento realizado por órgãos e entidades do SGD – entendendo-se por atendimento o conjunto de procedimentos adotados nos momentos em que a criança e o adolescente são ouvidos nos órgãos e entidades do SGD, envolvendo, entre outros, o Sistema de Justiça, os órgãos de Segurança Pública e do Poder Executivo, e os Conselhos Tutelares.

A Resolução 169 do CONANDA foi proposta com o objetivo de salvaguardar os direitos da criança e do adolescente ao respeito e à integridade física, psíquica e moral nas situações em que são ouvidos no Sistema de Garantia de Direitos. Afirma a Resolução 169, de acordo com as legislações nacional e internacional dos Direitos Humanos, que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos em situação peculiar de desenvolvimento, não podendo ser desrespeitados em sua dignidade, liberdade e singularidade, nas situações de atendimento em que são ouvidos, sendo a fala um direito e não uma obrigação.

Afirma, também, que cada criança e cada adolescente são únicos, singulares, devendo ser atendidos por profissionais sensíveis, devidamente habilitados na forma da legislação, com uma escuta generosa que privilegie as especificidades de cada um deles, não devendo, portanto, ser padronizada.

Por fim, afirma que crianças e adolescentes não devem ser colocados em situações que lhes causem danos ou agravem traumas existentes, devendo-se respeitar suas experiências, seus modos de fala, seus silên-

---

<sup>5</sup> Ver Dissertação de Mestrado intitulada "O uso de protocolos de entrevista no depoimento judicial de crianças", de Joyce Barros Pereira, defendida em março de 2016, na UERJ.

Ver, também, o I Seminário Nacional sobre o chamado Protocolo Brasileiro de Entrevista: [http://www.nucleomedia.com.br/skin.asp?id\\_t=30450&t=&p=0&tipo=&tipom=&form=&tipo\\_apresentacao=0&lang=pt-br&embed=](http://www.nucleomedia.com.br/skin.asp?id_t=30450&t=&p=0&tipo=&tipom=&form=&tipo_apresentacao=0&lang=pt-br&embed=).

cios, suas indecisões, seus conflitos e modos de lidar com o tempo, a memória e o sofrimento psíquico, em respeito à Proteção Integral.

3) Não menciona nenhum Plano Nacional de defesa dos direitos de criança e adolescente, entre os quais, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária; o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil; bem como a Lei Nacional de Atendimento Socioeducativo-SINASE; dentre outros. Ao assim proceder, pode desconhecer os princípios e as diretrizes da Política Nacional de Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes e os eixos e os objetivos estratégicos do Plano Nacional Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes.

4) Não menciona as diversas Políticas Públicas que envolvem o atendimento, o cuidado e a proteção da criança e do adolescente como Saúde e Assistência, que possuem objetivos específicos e não se destinam à produção de prova judicial, não podendo ser consideradas meramente um braço do judiciário.

No nosso entendimento, o Depoimento Especial – que o PL nº 3.792 visa a instituir – é uma tecnologia de extração da verdade. É uma tecnologia branda, pelo menos na sua aparência, mas que vai permitir fazer a criança falar. Nesse sentido, não importa se o PL, no art. 5º, inciso VI, diz que a criança tem o direito de permanecer em silêncio, uma vez que no artigo 26, II, afirma que, caso a vítima se recuse a depor, deverá ser informada sobre os possíveis desfechos do processo judicial e das implicações que possam advir à sua segurança, garantindo-lhe entrevista com o seu defensor e, se o desejar, com o representante do Ministério Público. Ou seja, trata-se de convencer a criança a falar?

Certamente é necessário dar à criança a oportunidade de falar, respeitando o seu direito de conhecer o processo do qual é parte, caso deseje relatar algo. No entanto, jamais devemos forçá-la a falar.

Poder-se-ia argumentar, no entanto, que, ao citar a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), o PL 3.792 já estaria incluindo a legislação nacional, uma vez que, ao ratificá-la sem fazer nenhuma Reserva, o Brasil adotou a CDC como legislação nacional, não colocando empecilho algum para sua vigência no Brasil.

Tal argumentação, no entanto, é apenas uma meia verdade, uma vez que a própria CDC, em inúmeros de seus artigos, remete sua regulamentação às legislações nacionais, e mesmo aos costumes, além de esta-

belecer a necessidade de se levar em consideração a idade e a maturidade da criança, para o exercício dos direitos reconhecidos na CDC.

Vejamos alguns de seus artigos, a título de exemplificação:

*Art. 5: Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, **conforme determinem os costumes locais**<sup>6</sup>, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e **acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.***

*Art. 7: 1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles. 2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos **de acordo com sua legislação nacional** e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.*

*Art. 12: 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, **em função da idade e maturidade da criança.** 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, **em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.***

*Art. 26: 1. Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr*

---

<sup>6</sup> As expressões em negrito não fazem parte do texto da CDC, sendo apenas um destaque feito por nós.

***a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional.***

É importante lembrar aqui que, desde o término da ditadura civil-militar de 1964, o Brasil vem reconhecendo todos os tratados internacionais de Direitos Humanos, construindo assim uma Política de Estado de Direitos Humanos. A construção dessa política vem-se dando com a participação, contribuição e protagonismo da sociedade em suas diferentes organizações e movimentos sociais, através tanto dos Conselhos de Direitos como das Conferências, em níveis nacional, estadual e municipal (Direitos Humanos, Criança e Adolescente, LGBT, Pessoa com Deficiência, Pessoa Idosa, Juventude, Políticas para as Mulheres, Povos Indígenas, Promoção da Igualdade Racial, Saúde, Educação, Assistência Social, dentre outras).

Assim, não se pode “omitir”, “não mencionar”, ou não “levar em consideração” a legislação nacional, sob o entendimento de que já estaria contida na Legislação Internacional - sob pena de colocarmos em xeque as conquistas e avanços<sup>7</sup> obtidos desde a Constituição de 1988, que reconhece que a democracia brasileira não é apenas representativa, mas igualmente participativa.

Forçoso reconhecer, no entanto, que o debate sobre o tema encontra-se demasiadamente polarizado, necessitando de um aprofundamento dos pontos de divergência - que não tem sido poucos. Como se sabe, a Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 010/2010, que “Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção”, foi suspensa em todo o território nacional.

Em suas “Considerações iniciais”, a Resolução do CFP afirma<sup>8</sup>:

*A escuta de crianças e de adolescentes deve ser – em qualquer contexto – fundamentada no princípio da proteção integral, na legislação específica da profissão e nos marcos teóricos, técnicos e metodológicos da Psicologia como ciência e profissão. A escuta deve ter como princípio a intersetorialidade e a interdisciplinaridade, respeitando a autonomia da atuação do psicólogo, sem confundir o diálogo entre as disciplinas com a submissão de demandas produzidas nos di-*

<sup>7</sup> Em que pese todas as problematizações que possamos fazer em relação a tais conquistas e avanços.

<sup>8</sup> Disponível em: [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010\\_010.pdf](http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_010.pdf).

*ferentes campos de trabalho e do conhecimento. Diferencia-se, portanto, da inquirição judicial, do diálogo informal, da investigação policial, entre outros*<sup>9</sup>.

Assim, a Resolução do CFP veda ao psicólogo o papel de inquirir, mas não o de acolher e escutar a criança e o adolescente, de acordo com sua formação profissional e Código de Ética<sup>10</sup>.

Também o Conselho Federal de Serviço Social teve sua Resolução CFESS nº 554/2009 suspensa em todo território nacional, porque “Dispõe sobre o não reconhecimento da inquirição das vítimas crianças e adolescentes no processo judicial, sob a Metodologia do Depoimento Sem Dano/DSD, como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social”<sup>11</sup>.

Mas afinal, o que está em questão neste debate? É o que tentaremos discutir a seguir, ainda que de maneira muito breve<sup>12</sup>.

O direito da criança de ser ouvida e ter sua opinião levada em consideração constitui um dos quatro princípios gerais da CDC, sendo os demais o princípio da não discriminação, o direito à vida e ao desenvolvimento, e o princípio do melhor interesse da criança. Assim, os direitos internacionais da criança não mais se limitam, como nas Declarações, aos direitos que derivam de sua vulnerabilidade (proteção) e dependência do adulto (provisão).

Reconhecendo, no entanto, que o status especial e dependente das crianças cria dificuldades para sua participação em procedimentos jurídicos, o Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança postula a necessidade de procedimentos amigáveis e sensíveis à criança, quando for o caso.

No entanto, segundo O’Donnel<sup>13</sup>, o art. 12 da CDC não postula a necessidade de a criança participar de procedimentos administrativos e jurídicos, mas apenas confere a ela o direito de expressar seus pontos de vista e

---

9 As expressões em negrito não fazem parte do texto da Resolução, sendo apenas um destaque feito por nós.

10 Para um histórico do debate no CFP, ver: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/Hist%C3%B3rico-Escuta-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes.pdf>.

11 Disponível em: [http://www.cfess.org.br/arquivos/Resolucao\\_CFESS\\_554-2009.pdf](http://www.cfess.org.br/arquivos/Resolucao_CFESS_554-2009.pdf).

12 Em outros textos já nos pronunciamos mais longamente sobre o tema. Ver Arantes, E.M.M. "Pensando o direito da criança de ser ouvida e ter sua opinião levada em consideração". In: **Violência sexual e escuta judicial de crianças e adolescentes. A proteção de direitos segundo especialistas**. São Paulo: ASSPTJ-SP e CRESS-SP, 2012.

13 O’Donnel, Daniel (2009), "The Right of the Children to be Heard: Chiden’s right to have their views taken into account and to participate in legal and administrative proceedings", **Innocenti Working Paper** Nº. 2009-04, UNICEF Innocenti Research Centre, Florencia.

serem eles levados em consideração. Esses pontos de vistas podem, inclusive, ser apresentados pelo responsável ou pelo advogado da criança.

No levantamento empírico sobre os procedimentos adotados em diferentes países, O'Donnel encontrou grande variedade, classificando-os, no entanto, em três grandes grupos: 1) Um primeiro grupo de países tem como regra que crianças abaixo de determinada idade não devem ser ouvidas em procedimentos judiciais; 2) Um segundo grupo de países não estipula, via legislação, uma idade mínima para que crianças sejam ouvidas. No entanto, em geral, existe uma idade mínima baseada em jurisprudência ou regulamentação. Essa idade mínima pode ser 6 ou 14 anos, dependendo do país; 3) Um terceiro grupo de países estipula que crianças acima de uma determinada idade devem ser ouvidas. Em procedimentos de proteção, a idade mínima encontrada variou de 6 a 15 anos, dependendo do país.

Ou seja, não há um modelo único adotado pelos diversos países signatários da CDC.

De acordo com Gerison Lansdow<sup>14</sup>, a idade tem sido o fator determinante para o exercício dos direitos na grande maioria dos Estados Partes da Convenção sobre os Direitos da Criança. Ou seja, em geral, estipula-se uma idade mínima para o consentimento sexual, casamento, consentimento para tratamento médico, emprego, alistamento nas forças armadas, responsabilidade penal, voto, dentre outros.

Segundo o autor, além da fixação, por lei, das idades em que a criança pode exercer os direitos, pode-se pensar em alternativas, cada uma delas com vantagens e desvantagens:

1) ausência de qualquer limite de idade, fazendo avaliações individuais para se determinar a competência da criança para exercer qualquer direito particular. Como alternativa, pode-se introduzir a presunção legal de competência da criança, existindo a necessidade de demonstrar sua incapacidade, no caso de se desejar restringir algum direito;

2) definição legal de idades, dando à criança o direito de demonstrar competência para o exercício do direito em uma idade mais precoce;

3) definição de limites de idade apenas para os direitos com maior risco de abuso ou negligência por parte de terceiros, introduzindo a presunção de competência em relação aos outros direitos.

---

14 Lansdow, Gerison (2005), "*The evolving capacities of the child*", publicado pelo UNICEF Innocenti Research Centre em colaboração com Save the Children Sweden.

Diante da complexidade posta por essa tensão entre proteção e autonomia trazida pela CDC, Lansdow sugere que, no estabelecimento e cumprimento de marcos legais, o legislador e demais operadores do direito tenham total familiaridade com a Convenção sobre os Direitos da Criança e suas implicações, buscando-se proteger a criança, sem negligenciar suas capacidades.

Segundo ainda o autor, onde o risco associado à decisão for relativamente pequeno, pode-se conceder à criança o direito de decidir sem que ela demonstre nível significativo de capacidade. No entanto, onde o risco for considerado alto, como no consentimento para procedimentos médicos e de saúde, por exemplo, é necessário assegurar maior grau de competência e maturidade, implicando demonstrar habilidade em compreender e comunicar informações relevantes; habilidade para pensar e escolher com certo grau de liberdade; habilidade para entender potenciais benefícios, riscos e danos; e, possuir um conjunto de valores básicos que possibilite tomar decisões.

A questão, no entanto, é como verificar esses níveis de maturidade e competência da criança, uma vez que, segundo o próprio autor, não há resposta fácil para essa questão – e, também, decidir se consideramos legítimo e razoável submeter constantemente crianças e adolescentes a testes e exames de maturidade para o exercício de seus direitos.

## **A PROPÓSITO DE CONCLUIR**

Como dissemos, o tema das metodologias propostas para a tomada de depoimento de crianças e adolescente encontra-se demasiadamente polarizado, impedindo um debate consistente dos diversos argumentos em questão. Em alguns eventos, o tom de xingamento tem estado presente, negando-se ao outro o direito de divergir.

Em evento no início de 2016, em uma Mesa composta por representantes da Magistratura e Ministério Público, anotamos<sup>15</sup> alguns dos comentários, que aqui reproduzimos em parte:

"Como o CFP pode pensar que o psicólogo que atua no DSD é inquiridor? Como pode ser inquiridor? É protetor!"

"Me disseram que o pessoal que é contra o depoimento de crianças é porque é abolicionista. Não quer ver ninguém na cadeia."

---

15 Anotações pessoais.

"O pessoal do CFP quer usar o laudo, a perícia. Só que isto não vai dizer se ocorreu ou não o abuso. É o depoimento que vai dizer se ocorreu ou não o abuso."

"Temos que entender o que é revitimizar! É ter mais de uma oitiva desqualificada! O psicólogo que trabalha no Poder Judiciário tem que entender isto. Ele não trabalha na clínica! Tem que entender que ele é psicólogo do Judiciário!"

"O CFP e o CRP estão recorrendo da suspensão da Resolução! Os Conselhos ainda insistem, recorrem! É ilógico ser contra o Depoimento! Tem alguma coisa por trás disto, que não pode ser dita."

"Não entendo quem critica o Depoimento Especial!"

"Para que os Conselhos gastarem energia em punir seus profissionais? Por que não se dedicam a ajudar as vítimas? Porque não trazem o conhecimento para agregar? Por que querem atrapalhar? Se não querem tomar depoimento, que não tomem. Mas que não atrapalhem!"

Assim, gostaríamos, aqui, de reconhecer o mérito dos proponentes do "Depoimento Sem Dano" ou "Depoimento Especial", por trazerem ao debate a preocupação com a violação de direitos de crianças e adolescentes, nas ocasiões em que são inquiridos como vítimas ou testemunhas de crimes. Mérito, aliás, que nunca deixamos de reconhecer<sup>16</sup>.

No entanto, a preocupação com a criminalização do suposto ofensor parece estar se sobrepondo ao acolhimento e à proteção das crianças e dos adolescentes, utilizando-os, basicamente, como objetos de produção de prova judicial, sem de fato, escutá-los. Ao assim proceder, não se tem condição de perceber o quão revitimizante pode ser também esta metodologia, proposta justamente com o objetivo de reduzir danos<sup>17</sup>.

Preocupante, também, a busca de intensa instrumentalização dos profissionais das áreas humanas, bem como a instrumentalização das po-

---

16 Veja-se, por exemplo, fala de Esther Maria de Magalhães Arantes, pelo Conselho Federal de Psicologia, sobre o Substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.126 de 2004, em Audiência Pública no Senado. Em 01/07/2008. Disponível em: <http://www.itcbr.com/refletir-01.shtml>.

17 Para uma visualização dos procedimentos a que estão sujeitos crianças e adolescentes no denominado "Depoimento Sem Dano" ou "Inquirição Especial", sugerimos os *links* (part 1 e 2): <http://globo tv.globo.com/rede-globo/profissao-reporter/v/abuso-sexual-de-criancas-parte-1/1969069/>, <http://globo tv.globo.com/rede-globo/profissao-reporter/v/vida-no-mangue-parte-2/1989391/>.

líticas públicas, transformando-os em braços a serviço do judiciário, como se suas principais funções fossem denunciar, notificar e produzir provas.

A ausência de pesquisas demonstrando o impacto destas metodologias na vida das crianças e dos adolescentes deveria nos tornar mais cautelosos. Mas não é o que acontece. Assim, mesmo na ausência de uma legislação que discipline a matéria, as salas do chamado “Depoimento Sem Dano” e/ou “Depoimento Especial” vêm se multiplicando no Brasil<sup>18</sup>. E o PL 3.792/2015 pretende ser esta legislação nacional, sendo que alguns de seus proponentes gostariam de aprová-lo sem debates!<sup>19</sup> ❖

## **ANEXO:**

Tramitação do PL 3.792/2015

Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2057263>

PL 3.792/2015 [Inteiro teor](#)

Projeto de Lei

**Situação:** Aguardando Constituição de Comissão Temporária pela Mesa; Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN)

Identificação da Proposição

### **Autor**

[Maria do Rosário - PT/RS](#), [Eliziane Gama - REDE/MA](#), [Josi Nunes - PMDB/TO](#), [Zé Carlos - PT/MA](#), [Margarida Salomão - PT/MG](#), [Tadeu Alencar - PSB/PE](#) e outros

**Apresentação** 01/12/2015

### **Ementa**

Estabelece o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, e dá outras providências.

<sup>18</sup> Ver, por exemplo: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61065-cresce-o-numero-de-experiencias-destinadas-a-coleta-de-depoimento-de-criancas-e-adolescentes>.

<sup>19</sup> No primeiro semestre de 2016, a convite do CFP e juntamente com representantes de outras entidades, estivemos em reunião na Câmara dos Deputados com a Relatora do PL, oportunidade em que solicitamos a alguns deputados que chamassem uma Audiência Pública, obtendo como resposta que isto não seria possível ou não estava sendo cogitado. No entanto, em 09/08/2016, conforme ANEXO, foi requerido a constituição de uma Comissão Especial para o estudo da matéria.

## Explicação da Ementa

Altera a Lei nº 8.069, de 1990.

## Indexação

Informações de Tramitação

## Forma de Apreciação

Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário

## Regime de Tramitação

Urgência art. 155 RICD

## Despacho atual:

Data	Despacho
20/06/2016	Deferido o Requerimento n. 4.616/2016, conforme despacho do seguinte teor: “Defiro o Requerimento n. 4.616/2016, nos termos do art. 32, III, “c”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD. Revejo o despacho inicial apostado ao Projeto de Lei n. 3.792/2015, para incluir o exame pela CCTCI. Em razão da distribuição a mais de três comissões que devem se pronunciar quanto ao mérito, na forma do art. 34, II, do RICD, determino a constituição de comissão especial para apreciar o Projeto de Lei n. 3.792/2015. Publique-se. Oficie-se.[ATUALIZAÇÃO DO DESPACHO DO PL N. 3.792/2015: À CCTCI, à CSPCCO, à CSSF, à CFT (art. 54 do RICD) e à CCJC (mérito e art. 54 do RICD). Proposição sujeita à apreciação do Plenário. . Regime de Tramitação: Urgência (art. 155 do RICD).]”

## Última Ação Legislativa

Data	Ação
20/06/2016	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) Deferido o Requerimento n. 4.616/2016, conforme despacho do seguinte teor: “Defiro o Requerimento n. 4.616/2016, nos termos do art. 32, III, “c”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD. Revejo o despacho inicial apostado ao Projeto de Lei n. 3.792/2015, para incluir o exame pela CCTCI. Em razão da distribuição a mais de três comissões que devem se pronunciar quanto ao mérito, na forma do art. 34, II, do RICD, determino a constituição de comissão especial para apreciar o Projeto de Lei n. 3.792/2015. Publique-se. Oficie-se.[ATUALIZAÇÃO DO DESPACHO DO PL N. 3.792/2015: À CCTCI, à CSPCCO, à CSSF, à CFT (art. 54 do RICD) e à CCJC (mérito e art. 54 do RICD). Proposição sujeita à apreciação do Plenário. . Regime de Tramitação: Urgência (art. 155 do RICD).]”

06/07/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) Matéria não apreciada em face do encerramento da Sessão.
------------	---

### Árvore de apensados e outros documentos da matéria

Documentos Anexos e Referenciados

Avulsos

Destaques ( 0 )

Emendas ao Projeto ( 0 )

Emendas ao Substitutivo ( 0 )

Histórico de despachos ( 2 )

Legislação citada

Histórico de Pareceres, Substitutivos e Votos ( 0 )

Recursos ( 0 )

Redação Final

Mensagens, Ofícios e Requerimentos ( 3 )

Relatório de conferência de assinaturas

Dossiê digitalizado

### Pareceres Aprovados ou Pendentes de Aprovação

Comissão	Parecer
Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática ( CC-TCI )	-
Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ( CCJC )	-
Comissão de Finanças e Tributação ( CFT )	-
Comissão de Seguridade Social e Família ( CSSF )	-
Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado ( CSPCCO )	-

Data ▼	Andamento
01/12/2015	PLENÁRIO ( PLEN ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Apresentação do Projeto de Lei n. 3792/2015, pelas Deputadaas Maria do Rosário (PT-RS) e outros, que: “Estabelece o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, e dá outras providências”. <a href="#">Inteiro teor</a></li> </ul>
04/12/2015	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados ( MESA ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Às Comissões de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado; Seguridade Social e Família; Finanças e Tributação (Art. 54 RICD) e Constituição e Justiça e de Cidadania (Mérito e Art. 54, RICD) Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário. Regime de Tramitação: Ordinária <a href="#">Inteiro teor</a></li> </ul>
09/12/2015	Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado ( CSPC-CO ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Recebimento pela CSPCCO.</li> </ul>
09/12/2015	COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES ( CCP ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Encaminhada à publicação. Publicação Inicial em avulso e no DCD de 10/12/15 PÁG 192 COL 01. <a href="#">Inteiro teor</a></li> </ul>
02/06/2016	Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado ( CSPC-CO ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Designado Relator, Dep. Celso Russomanno (PRB-SP)</li> </ul>

Data ▼	Andamento
07/06/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Apresentação do Requerimento de Urgência (Art. 155 do RICD) n. 4602/2016, pelo Deputado Afonso Florence (PT-BA), que: “Requeremos, nos termos do artigo 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, urgência para apreciação do Projeto de Lei nº 3.792, de 2015, que estabelece o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, e dá outras providências.</li> </ul> <p>“. <a href="#">Inteiro teor</a></p>
07/06/2016	COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES ( CCP ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Encaminhado à CCJC.</li> <li>▪ Encaminhado à CCJC.</li> <li>▪ Encaminhado à CFT.</li> <li>▪ Encaminhado à CSSF.</li> </ul>
07/06/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Aprovado requerimento do Sr. Afonso Florence que requer, nos termos do artigo 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, urgência para apreciação do Projeto de Lei nº 3.792, de 2015, que estabelece o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, e dá outras providências.</li> <li>▪ Alteração do Regime de Tramitação desta proposição em virtude da Aprovação do REQ 4602/2016 =&gt; PL 3792/2015.</li> </ul>
07/06/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) - <a href="#">20:03 Sessão Deliberativa Extraordinária</a> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Matéria não apreciada em face do encerramento da Sessão.</li> </ul>

Data ▼	Andamento
07/06/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) - <a href="#">20:09 Sessão Deliberativa Extraordinária</a> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Matéria não apreciada em face do encerramento da Sessão.</li> </ul>
08/06/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Apresentação do Requerimento de Redistribuição n. 4616/2016, pelo Deputado Ronaldo Martins (PRB-CE), que: “Requer a redistribuição do Projeto de Lei nº 3.792, de 2015, à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática”. <a href="#">Inteiro teor</a></li> </ul>
08/06/2016	Comissão de Seguridade Social e Família ( CSSF ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Designada Relatora, Dep. Laura Carneiro (PMDB-RJ)</li> </ul>
08/06/2016	Comissão de Finanças e Tributação ( CFT ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Recebimento pela CFT.</li> </ul>
08/06/2016	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ( CCJC ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Recebimento pela CCJC.</li> <li>▪ Designada Relatora, Dep. Laura Carneiro (PMDB-RJ)</li> </ul>
14/06/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) - <a href="#">14:00 Sessão Deliberativa Ordinária</a> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Matéria não apreciada em face do encerramento da Sessão.</li> </ul>

Data ▼	Andamento
20/06/2016	<p>Mesa Diretora da Câmara dos Deputados ( MESA )</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Deferido o Requerimento n. 4.616/2016, conforme despacho do seguinte teor: “Defiro o Requerimento n. 4.616/2016, nos termos do art. 32, III, “c”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD. Revejo o despacho inicial aposto ao Projeto de Lei n. 3.792/2015, para incluir o exame pela CCTCI. Em razão da distribuição a mais de três comissões que devem se pronunciar quanto ao mérito, na forma do art. 34, II, do RICD, determino a constituição de comissão especial para apreciar o Projeto de Lei n. 3.792/2015. Publique-se. Oficie-se. [ATUALIZAÇÃO DO DESPACHO DO PL N. 3.792/2015: À CCTCI, à CSPCCO, à CSSF, à CFT (art. 54 do RICD) e à CCJC (mérito e art. 54 do RICD). Proposição sujeita à apreciação do Plenário. . Regime de Tramitação: Urgência (art. 155 do RICD).]” <a href="#">Inteiro teor</a></li> </ul>
20/06/2016	<p>COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES ( CCP )</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Encaminhado à republicação - avulso inicial, em virtude de novo despacho.</li> </ul>
21/06/2016	<p>COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES ( CCP )</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Às CSSF, CSPCCO, CCJC e CFT, Memos nºs 139, 140, 141 e 142, de 2016, solicitando a devolução deste.<a href="#">Inteiro teor</a></li> </ul>
22/06/2016	<p>Comissão de Finanças e Tributação ( CFT )</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Devolução à CCP</li> </ul>
24/06/2016	<p>Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado ( CSPCCO )</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Devolvida pelo Relator sem Manifestação.</li> <li>▪ Devolução à CCP, a pedido.</li> </ul>

Data ▼	Andamento
28/06/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) - <a href="#">10:00 Sessão Deliberativa Extraordinária</a> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Matéria não apreciada em face do encerramento da Sessão.</li> </ul>
28/06/2016	Comissão de Seguridade Social e Família ( CSSF ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Devolução à CCP</li> </ul>
28/06/2016	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ( CCJC ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Devolvida pelo Relator sem Manifestação.</li> <li>▪ Devolução à CCP.</li> </ul>
05/07/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) - <a href="#">14:00 Sessão Deliberativa Ordinária</a> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Matéria não apreciada em face do encerramento da Sessão.</li> </ul>
05/07/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) - <a href="#">19:53 Sessão Deliberativa Extraordinária</a> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Matéria não apreciada em face do encerramento da Sessão.</li> </ul>
06/07/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) - <a href="#">14:00 Sessão Deliberativa Ordinária</a> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Matéria não apreciada em face do encerramento da Sessão.</li> </ul>
09/08/2016	PLENÁRIO ( PLEN ) <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Apresentação do Requerimento de Constituição de Comissão Especial de Projeto n. 5018/2016, pela Deputada Laura Carneiro (PMDB-RJ), que: “Requer a constituição de Comissão Especial para dar parecer ao Projeto de Lei nº 3.792, de 2015, que ‘estabelece o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, e dá outras providências. ”. <a href="#">Inteiro teor</a></li> </ul>

# Gênero, Maternidade e Reprodução *ou* Quais São as Razões Para um Fraldário Estar Localizado Dentro do Banheiro Feminino?

**Fernanda Castro Faria Graça Melo**

*Pós-graduanda do Curso de Especialização em Gênero e Direito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.*

## INTRODUÇÃO

O ponto de partida para esta reflexão é a constatação de que em vários espaços públicos os fraldários estão localizados dentro dos banheiros femininos ou próximos a estes. Pretende-se nesse trabalho abordar a questão de gênero, maternidade e reprodução e apresentar elementos que possam enriquecer a discussão sobre as características e implicações desse arranjo arquitetônico para a mudança ou permanência das relações de gênero tais como se apresentam hoje em nossa sociedade.

## FAMÍLIA NA MODERNIDADE

Para compreender a utilização do espaço público pela família, cabe, primeiramente, inseri-la num contexto social, histórico e cultural. É preciso refletir sobre esse conceito, bem como indagar sobre a sua origem. F. Engels (2009) apresenta dois estágios pré-históricos da “civilização”: o estado selvagem (onde inicialmente os alimentos eram frutos, nozes e raízes, sendo posteriormente introduzidas a caça e a pesca) e a barbárie (cujo traço característico é a criação de animais, além do cultivo de plantas). O exercício do domínio sobre esses animais e sobre a terra que passou a ser cultivada representa o surgimento da propriedade privada.

É nesse momento histórico que se estabelece o que Engels denomina de família monogâmica. Esse modelo que triunfa na "civilização" nascente é baseado no domínio do homem, com a finalidade expressa de procriação e no qual a paternidade é uma exigência para que os filhos se tornem os herdeiros de seus bens.

Entre os romanos, a palavra família originalmente sequer se aplicava a um casal e seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* significava escravo doméstico e família representava o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Na visão de Engels também aqui a origem de sua definição se confunde com o surgimento da propriedade privada e com a necessidade de se ter controle sobre os bens e os herdeiros. Dessa forma, “para assegurar a fidelidade da mulher e, por conseguinte, a paternidade dos filhos, a mulher é entregue incondicionalmente ao poder do homem. Mesmo que ele a mate, não faz mais do que exercer um direito seu.” (p. 58). Vislumbra-se a formação de um sistema patriarcal elaborado para garantir ao homem poder sobre os seus bens mediante o controle sobre sua prole, que serão seus herdeiros. Primordial, portanto, manter o domínio sobre a mulher utilizando, inclusive, de violência quando necessário.

## LUGAR DA MULHER NA FAMÍLIA

A família moderna surge, então, como aquela que possui o homem como chefe, cabendo a este o dever de zelar por seus bens, bem como cuidar da transmissão destes aos seus herdeiros. Como a reprodução se dá no corpo feminino, indispensável o controle desse corpo pelo homem. Não há, sob essa ótica, lugar para uma visão romântica baseada no amor e laços afetivos.

Rousseau (1995), em obra de 1762 que é considerada um marco divisório na história da educação - **Emílio ou Da Educação** - indica a posição da mulher. Afirma que, em um casal, cada um concorre igualmente para o objetivo comum, mas não da mesma maneira. Um deve ser ativo e forte, o outro passivo e fraco. É preciso necessariamente que um queira e possa; basta que o outro resista pouco. Estabelecido este princípio, afirma que a mulher “foi feita especialmente para agradar o homem”, servindo de ligação entre os filhos e o pai. A ela cabe fazer com que o pai os ame e lhe dê confiança para chamá-los seus filhos (p. 497). É nítida a preocupação em manter o controle sobre a mulher e a prole, como também aponta Engels.

Define Rousseau com precisão o papel dessa mulher e ainda o justifica com fundamento na “razão”:

*“quando a mulher se queixa (...) da injusta desigualdade que o homem institui, ela está errada, tal desigualdade não é uma instituição humana, ou pelo menos não é obra do preconceito, mas da razão; cabe aquele dos dois sexos que a natureza encarregou da custódia dos filhos responder por isso diante do outro*

*(...)*

*Se há uma condição horrível no mundo, é a de um infeliz pai que, sem confiança na mulher, não ousa entregar-se aos mais doces sentimentos de seu coração, que se pergunta, ao beijar o filho, se não está beijando o filho de outro homem, a prova de sua desonra, o ladrão do bem de seus próprios filhos.” (Idem).*

A dúvida sobre a paternidade e a suspeita de traição sempre atormentaram homens de todos os tempos, como o Bento (o **Dom Casmurro**) de Machado de Assis e o Oteló, de Shakespeare. Essa visão aparentemente superada e ultrapassada ainda está presente, com força, em nossa cultura. Subsiste, mas agora de forma velada, o que nos dificulta enxergá-la com a nitidez e a clareza que outrora existia. Situações de nosso cotidiano - tais como a existência de um fraldário apenas no banheiro feminino - só reforçam essas características básicas do modelo patriarcal. São detalhes do nosso dia-a-dia que passam despercebidos. Para superar obstáculos que à primeira vista nos parecem mais do que “naturais” é fundamental um olhar crítico voltado para o resgate das origens de determinados valores, bem como a percepção de que os problemas históricos de discriminação e hierarquização permanecem.

## **ONDAS FEMINISTAS**

O feminismo surge como forma de questionar esse papel a que estaria submetida a mulher na sociedade. É uma forma de

*“repensar e recriar a identidade de sexo sob uma ótica em que o indivíduo, seja ele homem ou mulher, não tenha que*

*adaptar-se a modelos hierarquizados, e onde as qualidades “femininas” ou “masculinas” sejam atributos do ser humano em sua globalidade. Que a afetividade, a emoção e a ternura possam aflorar sem constrangimentos nos homens e serem vivenciadas, nas mulheres, como atributos não desvalorizados. Que a diferença entre os sexos não se traduza em relações de poder que permeiam a vida de homens e mulheres em todas as suas dimensões”* (ALVES & PITANGUY, 2003, p. 9 e 10).

A denominada primeira onda feminista surge no século XIX por influência do pensamento iluminista, que destaca valores como igualdade e liberdade. Em sua essência, o movimento está identificado com a reivindicação da ocupação do espaço público pelas mulheres, por meio do pleito de um direito político básico: o de votar (movimento sufragista). A segunda onda feminista aparece nos anos 60 em meio ao movimento *hippie*, da contracultura, da descoberta da pílula anticoncepcional e da inserção da mulher no mercado de trabalho. O movimento feminista ultrapassa a barreira do objetivo de ocupar espaço público e passa a questionar o papel submisso da mulher nas relações privadas.

No livro **Mística Feminina**, considerado um representante clássico dessa segunda fase, Betty Friedan (1971) observa um profundo desajuste entre a situação real das mulheres americanas - angustiadas e insatisfeitas - e a imagem da mulher americana moderna, apresentada cheia de *glamour* pelas revistas femininas da época. A autora questiona duramente não só a falta de acesso, mas, principalmente, a falta de estímulo à educação das mulheres. Revolta-se com o fato de que, mesmo aquelas que se dedicam aos estudos, o fazem direcionadas para alcançar o grande objetivo e ideal de felicidade: ser mãe e esposa. As americanas, dentro desse padrão cultural de felicidade imaginária, casavam-se muito cedo e tinham muitos filhos. Em geral abandonavam os estudos, muitas vezes considerado apenas um instrumento para obter um “bom” casamento. Aquelas que exerciam algum tipo de atividade remunerada fora de casa não valorizavam seus trabalhos, nem almejavam ou ambicionavam ter uma carreira. O provedor era o marido, o trabalho feminino era algo complementar. A sociedade americana procurava convencer as mulheres, e também os homens, de que o caminho “natural” da mulher para a felicidade era o casamento e a maternidade.

Destaca a autora o grande papel da mídia na construção desse ideal de vida:

*“esta mística de realização feminina tornou-se o centro querido e intocável da cultura americana contemporânea. Milhões de mulheres moldavam sua vida à imagem daquelas bonitas fotos de esposa suburbana beijando o marido diante do janelão de casa, descarregando um carro cheio de crianças no pátio da escola e sorrindo ao passar o novo espalhador de cera no chão de uma cozinha impecável. Faziam pão em casa, costuravam a roupa da família inteira e mantinham a máquina de lavar e secar em constante funcionamento. Mudavam os lençóis duas vezes por semana, em lugar de uma só, faziam cursos de tapeçaria e lamentavam suas pobres mães frustradas, que haviam sonhado em seguir uma carreira. Seu sonho único era ser mãe e perfeita. Sua mais alta ambição, ter cinco filhos e uma bonita casa. Sua única luta, conquistar e prender o marido. Não pensavam nos problemas do mundo para além das paredes do lar e, felizes em seu papel de mulher, desejavam que os homens tomassem as decisões mais importantes, e escreviam, orgulhosas, na ficha de recenseamento ‘ocupação: dona de casa’ ” (idem, p. 20).*

A propaganda - que hoje ainda se encontra presente em “comerciais de margarina” - tenta convencer que a felicidade está ao alcance da dona de casa. Mesmo com conforto material e ainda que realizados os sonhos do matrimônio e da maternidade, um alarmante número de mulheres americanas permaneciam infelizes e profundamente perturbadas por um problema sem nome, conforme alertava Friedan já na década de 60 (*ibidem*, p. 21 a 31).

## **O MITO DO AMOR MATERNO E A QUESTÃO: EVA VERSUS MARIA**

A maternidade na sociedade moderna tende a ser tratada como tema sagrado. Percebe-se, historicamente, a identificação da mulher com dois grandes símbolos religiosos que nos levam a refletir quais são os valores e os preconceitos que estão colocados em nossa sociedade, ora de

maneira alternada, ora simultaneamente. Temos a figura da mulher/esposa/mãe estritamente ligada à figura da Virgem Maria, símbolo maior do amor materno, de pureza e abnegação. Existe, por outro lado, a simbologia de Eva que remete ao pecado, à mentira, à sedução, às tentações da carne, à vaidade. A mulher vista como culpada pela infelicidade do homem, a diabólica, a inferior, a fraca. Um verdadeiro “símbolo do Mal” (Bandler, p. 33 e 34). Uma mesma mulher pode ser vista das duas formas, de um segundo para o outro, ou até simultaneamente, variando conforme o ponto de vista do observador e os valores que este tem como referência.

Segundo relata a autora, os textos de Santo Agostinho evocavam as más condições da mulher que era tida como “um animal que não é firme, nem estável, odioso, que alimenta a maldade, fonte de todas as discussões, querelas e injustiças”. (*ibidem*, p. 34). Em relatos de aldeões do século XIV, extrai-se a fala de um marido que trata a mulher de porca, um outro, apesar de sua afeição pela filha, declara que a mulher é coisa vil. Um terceiro afirma que a alma feminina não pode ser admitida no paraíso se não reencarnar primeiro num homem. Um quarto diz que as mulheres são demônios. Evidentemente, esses demônios e essas porcas podiam ser espancados à vontade posto a sua condição de semi-humanas.

Na obra de São Paulo também está presente a ideia da hierarquização, reafirmando que a mulher deve se submeter às ordens do marido por ter sido o homem criado em primeiro lugar e ter dado origem à mulher. São Paulo recomendava “à esposa, como outrora Aristóteles, observar um comportamento adequado à sua inferioridade, isto é, de modéstia e silêncio. Assim referendadas, as prescrições da moral eclesiástica ressaltam, até o século XVII, a subordinação da mulher ao marido” (*idem*).

É possível afirmar que não existia o amor como valor familiar e social até meados do século XVIII e essa ausência era não só referente à esposa, mas também aos filhos, que não tinham relevância significativa. O índice de mortalidade infantil era altíssimo (em especial no primeiro ano de vida da criança), a morte infantil era banalizada, o foco no primogênito deixava os demais filhos em segundo plano, a amamentação era desestimulada e não se criava um vínculo entre mãe e filho a partir do nascimento. A convivência familiar era muito restrita porque os bebês eram entregues a uma ama de leite ainda recém-nascidos e passavam a residir com esta em locais afastados da família biológica. A situação ocorria tanto em núcleos familiares abastados quanto nos mais modestos. Permaneciam os bebês

sob os cuidados da ama pelo período, em média, de quatro anos, sendo raro, quando não inexistente, o contato da mãe com o filho. Logo após o retorno ao lar originário - se não viesse a óbito - eram enviados para convento ou internato para fins educacionais. Conviviam, na verdade, poucos anos com a família.

Badinter (1985) aponta Rousseau como responsável pela cristalização das ideias inovadoras que deram um verdadeiro impulso inicial à família moderna fundada no amor materno. A partir de 1760 começam a se multiplicar as publicações que recomendam às mães cuidar pessoalmente dos filhos e lhes ordenam amamentá-los. Cresce e se fortalece o discurso em defesa da criança. Começa a ser imposta à mulher a obrigação de ser mãe antes de tudo e a se consolidar o mito que permanece até os dias de hoje: o do instinto materno ou do amor espontâneo de **toda** mãe pelo filho. Por trás desse discurso, sua verdadeira razão era o alto índice de mortalidade infantil que, por razões políticas e econômicas, passou a ser um problema para o Estado, entrando na ordem do dia a necessidade estatal de reduzi-lo. Assim, a sociedade através de vários atores sociais repete, incansavelmente, os mesmos argumentos para convencer as mulheres a se ocuparem pessoalmente dos filhos (p. 155 e 181).

Outra referência apontada por Badinter é Monsieur de Chamouset, um filantropo que demonstra a linha de pensamento do séc. XVII:

*“as crianças abandonadas morrem como moscas sem nenhum lucro para o Estado. Pior, ainda, representam um ônus para a nação, obrigada a mantê-las até que morram. (...) a maioria dessas crianças morre antes de chegar a uma idade em que se poderia extrair delas alguma utilidade”* (p. 155).

O projeto de Chamouset era o de reduzir essa mortalidade, transformando essas crianças em uma força de produção rentável para a sociedade. Propunha, assim, que o Estado se esforce para conservá-las vivas, que aperfeiçoe a higiene e o aleitamento artificial para que esses futuros homens sobrevivam. Depois do desmame, toda aldeia que quisesse ser isenta do serviço militar se encarregaria de oito dessas crianças, até que entrassem no exército. Cada pai e cada mãe se ocupariam deles a fim de garantir a subsistência da própria família. E para indenizar o Estado das

despesas feitas com sua criação, esses jovens seriam obrigados a servir até os 25 ou 30 anos. Além disso, durante seus anos de serviço, o Estado economizaria um salário de marinheiro ou soldado, maior do que o custo anual de uma criança. O interesse estatal em cuidar de crianças não tinha motivação humanitária e sim, econômica.

Ainda que a propaganda intensiva de Rousseau e de seus sucessores não tenha conseguido convencer todas as mulheres a serem mães cuidadoras do lar e dos filhos, seu discurso teve um forte efeito. As que se recusaram - e ainda se recusam - a obedecer aos novos imperativos sentiram-se obrigadas a trapacear e a simular de todas as maneiras. Houve uma profunda mudança social: as mulheres passam a se sentir cada vez mais responsáveis pelos filhos e, quando não podem assumir seu dever, consideram-se culpadas. Rousseau obteve um sucesso muito significativo: “a culpa dominou o coração das mulheres”. “Feita para sofrer”, como Maria, a mulher não pode encontrar melhor ocasião de exercer seus dons do que na maternidade. O papel da esposa, embora igualmente necessário, não é suficiente para a plena realização de sua feminilidade. Para que uma mulher cumpra sua vocação, é preciso que seja mãe, não como outrora, de maneira esporádica e irregular, mas constantemente, vinte e quatro horas por dia. Para Badinter:

*“a mulher não é mais identificada com a serpente do Gênesis, ou a uma criatura astuta e diabólica que é preciso pôr na linha. Ela se transforma numa pessoa doce e sensata, de quem se espera comedimento e indulgência. Eva cede lugar, docemente, à Maria. A curiosa, a ambiciosa, a audaciosa metamorfoseia-se numa criatura modesta e ponderada, cujas ambições não ultrapassam aos limites do lar”* (p. 175).

O que Badinter faz em sua obra é desconstruir o mito por meio da análise das condições sociais, políticas e históricas que o criaram, demonstrando que não é um instituto que **sempre** esteve presente na sociedade. Ao contrário, mostra o pouco valor que era dado à vida das crianças e a pouca importância que se dava aos cuidados destas. A autora questiona a existência do amor materno “inato” e presente em **toda e qualquer** mulher. Ela também aponta para o fato de que qualquer um pode “ma-

ternar” uma criança, lembrando ainda que não é apenas o amor materno que leva uma mãe a cumprir seus deveres maternais, havendo outros fatores tais como a moral, os valores sociais e religiosos que influenciam e, às vezes, podem até mesmo prevalecer sobre desejo da mãe. Badinter conclui que “o amor materno é apenas um sentimento humano. E como todo sentimento, é incerto, frágil e imperfeito.” (p. 21).

A ideia de maternidade, tal como foi construída, é entendida como um sacerdócio, uma experiência feliz que implica também necessariamente dores e sofrimentos. Um real sacrifício de si mesma. Ainda hoje é forte a presença de tais valores em nossa sociedade, que vê com naturalidade e pouco questionamento esse papel vinculado às mães, e que traz junto toda uma estrutura política, social e até mesmo arquitetônica que vinculam às mães – e somente a elas - o cuidado de seus filhos, como no caso em questão da colocação de fraldário apenas no banheiro feminino.

## CONCLUSÃO

Para Engels a família terá de progredir na medida em que a sociedade progride, terá de mudar na medida em que a sociedade se modifica, exatamente como aconteceu no passado. Ela é um reflexo do sistema social e refletirá sua cultura. Como a família se aperfeiçoou consideravelmente nos tempos modernos e hoje as diversas formas de família brotam e nos surpreendem a cada momento, é de esperar que esse contínuo aperfeiçoamento alcance, ou ao menos caminhe, para a eliminação da hierarquia entre os gêneros.

O fato - aparentemente simples - de um fraldário estar localizado em um banheiro feminino, ou mesmo próximo a este, não é nem pode ser visto como mero acaso ou um detalhe de menor importância. Esse arranjo arquitetônico está contido na lógica de um sistema que reforça e se esforça, diariamente, em cada detalhe, em manter a cultura patriarcal intacta. As vozes insurgentes que podem e devem partir de todas as mulheres e também dos homens - tal como na recente campanha da ONU Mulheres “ElesPorElas” *HeForShe*, que procura envolver homens e meninos na promoção dos direitos das mulheres - invocam o desejo de uma sociedade mais igualitária, na qual o cuidado do lar e a criação dos filhos seja uma atividade dividida de forma equitativa pelo casal. ❖

## BIBLIOGRAFIA

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo, Brasiliense, 2003.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**, 1985. (<http://groups-beta.google.com/group/digitalsource>)

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo, Escala Educacional, 2009.

FRIEDAN, Betty. **Mística feminina**. Petrópolis, Vozes, 1971.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou Da Educação**. São Paulo, Martins Fontes, 1995.

# El Retorno del Derecho Penal de Autor<sup>1</sup>

**José Luis Gordillo Ferré**

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho y Metodología de las Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona.*

## 1. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE AUTOR

Por derecho penal de autor se debe entender todo conjunto de normas punitivas que sanciona la actitud interna del sujeto<sup>2</sup>. En acertada expresión de Luigi Ferrajoli, el derecho penal de autor castiga por lo que se es, no por lo que se hace<sup>3</sup>. Se trata, por tanto, de un sistema penal que viola el principio de la responsabilidad por el hecho, un principio básico del *canón* ideal del derecho penal de los estados democráticos (y no tanto de los estados representativos realmente existentes, puesto que en su concreción histórica se han alejado con frecuencia del citado modelo), el cual no es más que el que se infiere de las declaraciones o pactos internacionales de protección de los derechos humanos (Declaración de 1948, Pacto de los derechos civiles y políticos de 1966, etc.).

El derecho penal de autor se encuentra en las antípodas de la versión más exigente del ideal penal garantista, que es, como se sabe, el defendido justamente por Luigi Ferrajoli. Recordemos que en *Derecho y razón*, Ferrajoli propone diez axiomas que considera como los pilares básicos del modelo penal garantista: 1) ninguna imposición de pena sin la comisión de un crimen previo; 2) ningún crimen sin ley previa que lo haya calificado como tal; 3) ninguna ley penal sin necesidad social que la justifique; 4) ninguna necesidad de ley penal sin daño social; 5) no hay daño social si no hay acción; 6) no hay acción sin culpa individual; 7) no hay asignación de culpa individual sin juicio que la establezca; 8) ningún juicio sin acusación

---

1 Este texto contiene, de forma resumida, las principales ideas expuestas en la sesión del Seminario de Formación de Jueces llevada a cabo en la Escuela de la Magistratura de Río de Janeiro el 4 de septiembre de 2015.

2 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El derecho penal de autor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 25-32.

3 FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, p. 242.

concreta; 9) ninguna acusación sin pruebas que la fundamenten; 10) ninguna presentación de pruebas sin la posibilidad de que el acusado pueda discutir las y rebatirlas<sup>4</sup>.

En sus aplicaciones concretas, el derecho penal de autor puede imponer sanciones o “medidas de seguridad”, esto es, actos coactivos que no tienen como antecedente formal la violación de una norma jurídica. Con lo cual, a partir del clásico principio de la separación de poderes, dichos actos represivos se moverían entre el derecho penal *strictu sensu* y el derecho administrativo sancionador.

La justificación ideológica más común del derecho penal de autor se refiere a la supuesta necesidad de combatir de forma preventiva hipotéticos peligros que la actitud interna de determinados sujetos comportaría para la sociedad. De ahí que el derecho penal de autor sanciona a algunos individuos por la supuesta peligrosidad social de sus hábitos, identidad étnica, *status* económico, pensamientos, ideología, religión, relaciones sociales, estilos de vida, escala de valores, etc. Obviamente, quien invoca dicho riesgo es alguien dotado de autoridad y normalmente lo hace para perseguir a determinados grupos sociales que suponen una amenaza para el orden político y económico existente; o bien por suponer un riesgo para su propia posición de poder, por simple clasismo o porque -otro supuesto harto frecuente- a los calificados como socialmente peligrosos se les asigna el papel de chivos expiatorios del malestar social.

El derecho penal de autor es un viejo conocido de la cultura jurídico-política occidental. Tiene un antecedente claro en la caza de herejes y brujas llevada a cabo por el Tribunal de la Santa Inquisición<sup>5</sup>. A lo largo del siglo XIX se procede supuestamente a “racionalizar” la persecución de los delincuentes presentando como científicas afirmaciones sobre las tendencias naturales a delinquir de determinadas personas. Se sustituye la supuesta influencia de Belcebú por unas supuestas inclinaciones naturales a la comisión de delitos. Recordemos, por ejemplo, las teorías de Cesare Lombroso acerca de los “criminales natos” a quien un discípulo suyo, Raffaele Garofalo, proponía individualizar la pena sobre la base de la naturaleza más o menos peligrosa del delincuente<sup>6</sup>.

---

4 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1989, p. 93.

5 Cfr. ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2015, p. 55-64.

6 MARISTANY, Luis, *El gabinete del doctor Lombroso*, Barcelona, Anagrama, p. 12.

Desde esta visión, la realización de hechos delictivos se veía sobre todo como el síntoma de una personalidad delictiva *per se*. Con frecuencia lo que la inspiraba era una concepción criminológica de base biologista según la cual el carácter socialmente peligroso de los individuos estaría condicionado por su herencia genética, no por las circunstancias sociales en las que se había desenvuelto su vida.

El derecho penal de autor tuvo una etapa de gran esplendor en los años 20, 30 y 40 del siglo pasado en países como Italia, Alemania, España o la URSS. El caso más estudiado es la Alemania nazi porque es también donde el derecho penal de autor se llevó más lejos. Sólo hace falta recordar el exterminio industrial de millones de personas justificado por su etnia, religión, ideología política o preferencias sexuales, entre otros motivos relativos a su personalidad y no a sus actos.

Así, por ejemplo, el 24 de noviembre de 1933 se aprobó en Alemania la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección. En ella se decía que “la culpabilidad penal del autor no sólo consiste en la culpabilidad por el hecho concreto, sino también por la conducción de toda su vida que le ha hecho degenerar”<sup>7</sup> En consecuencia, lo que debía ser punible era una determinada “forma de vida” como, por ejemplo, la de rufianes, vagabundos, mendigos, borrachos o vagos habituales, entre otros.

Asimismo, el 5 de septiembre de 1939, en los inicios de la segunda guerra mundial, se aprobó la Ordenanza contra los sujetos nocivos para el pueblo y contra los delincuentes violentos. En aplicación de dicha norma, la jurisprudencia alemana entendió por sujeto peligroso aquel individuo que mostrase de forma sistemática “una actitud interna contraria a la comunidad que se encuentra en guerra, esto es, una actitud que muestre que el sujeto se enfrenta a la comunidad como un enemigo, que se aprovecha de las circunstancias bélicas bajo las que se encuentra y que, en definitiva, debe ser contemplado como nocivo.”<sup>8</sup>

Vale la pena subrayar la gran similitud existente entre dicha jurisprudencia y el publicitado derecho penal del enemigo del penalista alemán Günter Jacobs. Lo que los diferenciaría serían los argumentos para fundamentar una y otro. Mientras los jueces nazis hablaban de razas pe-

---

<sup>7</sup> GÓMEZ MARTÍN, v., *op. cit.*, p. 137.

<sup>8</sup> *Idem*, 2007, p. 154.

ligrosas o degeneradas, Jacobs llega a las mismas conclusiones a partir de una curiosa mezcla de la teoría política del contrato social con la teoría sociológica de Niklas Luhmann<sup>9</sup>.

Ahora bien, incluso en el derecho penal de la Alemania nazi este tipo de normas convivían con otras más tradicionales basadas en el principio de la responsabilidad por el hecho. Ni siquiera en su versión más radical, el derecho penal de autor dejó de convivir con el derecho penal del hecho. Un modelo puro, exclusivo, del primero no ha existido nunca en las sociedades modernas; como mucho, sus ordenamientos penales han consistido en una combinación de ambas concepciones. Así, incluso en aquellos ordenamientos penales más garantistas, se considera compatible con el principio de la responsabilidad por el hecho que el juez tome en consideración las circunstancias personales del reo -la reincidencia sería el ejemplo más claro y difundido- para graduar la pena con una finalidad preventivo-especial (para evitar que vuelva a delinquir un individuo ya condenado con anterioridad).

Todos los sistemas punitivos existentes contendrían diversos elementos de ambos tipos de derecho penal. La diferencia estribaría en la preponderancia normativa de uno u otro que se puede medir por su mayor o menor relevancia social y política.

## **2. EL DERECHO PENAL DE AUTOR HOY**

En las sociedades occidentales, el derecho penal de autor ha vuelto por la puerta grande de la mano de la “guerra contra el terrorismo”, declarada el 16 de septiembre de 2001 por el presidente de los EE.UU. George W. Bush.

Antes de 2001 ya existían elementos significativos de un derecho penal de autor en unos cuantos estados occidentales; en especial en aquellos que desde finales de los años sesenta del siglo pasado tuvieron que enfrentarse a la violencia política perpetrada por grupos de extrema izquierda o nacionalistas. Pero a partir de septiembre de 2001 se produce un salto cualitativo y cuantitativo que lleva a una profundización, expansión y generalización de medidas penales que nos retrotraen (sin ser obviamente lo mismo, en especial por el diferente número de personas afectadas) a las adoptadas en Europa en los años centrales del siglo XX.

El 28 de septiembre del 2001, el Consejo de Seguridad de la ONU

---

<sup>9</sup> Cfr. JAKOBS, Günther y CANCIO, Miguel, **Derecho penal del enemigo**, Madrid, Civitas, 2003, p. 19-56.

aprobó por iniciativa de EE.UU y sus aliados una resolución, la 1373, en la que se instaba a todos los estados miembros de Naciones Unidas a aprobar medidas legales de represión del terrorismo. Según un informe elaborado por el Pen Club (titulado Antiterrorismo, escritores y libertad de expresión, hecho público en noviembre de 2003) en los años posteriores al 11-S unos treinta y cinco estados aprobaron nuevas medidas legales de tipo antiterrorista estimulados por dicha exhortación. Éstos fueron: Eritrea, Etiopía, Kenia, Marruecos, Mauritania, Republica Centroafricana, Sudáfrica, Swazilandia, Zimbabwe, Estados Unidos, Colombia, Panamá, Perú, El Salvador, Venezuela, Australia, Afganistán, Bangla Desh, India, Indonesia, Nepal, Pakistán, China, España, Francia, Gran Bretaña, Rusia, Kazajstán, Uzbekistán, Turquía, Egipto, Israel, Jordania, Kuwait e Iraq.

Los gobiernos occidentales, a partir de septiembre de 2001, comienzan a practicar en nombre de la seguridad una violación y/o restricción sistemática de derechos tan fundamentales como el derecho a la presunción de inocencia, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, al *habeas corpus*, a no ser objeto de torturas y malos tratos o a un juicio con todas las garantías. Recordemos que, según los mismos gobiernos, el final de la guerra fría constituyó supuestamente una gran victoria de la democracia y los derechos humanos sobre el totalitarismo. Y no sólo eso. En 1999, sólo dos años antes del inicio de la guerra contra el terrorismo, Yugoslavia fue atacada por la OTAN en nombre de la protección de los derechos humanos. También se ha intervenido en nombre de ellos y de la democracia en Afganistán, Iraq, Yemen, Libia o Siria.

Pues bien, en abierta contradicción con las proclamas antedichas, en EE.UU., tras diversas reformas legislativas posteriores a septiembre de 2001, se legalizó la detención indefinida de sospechosos de terrorismo o de colaboración con terroristas<sup>10</sup> (entre 2001 y 2002, se encarceló por este motivo a más de 3.500 personas, mayormente de religión musulmana; uno de los lugares de reclusión fue obviamente Guantánamo), el registro de viviendas, las escuchas telefónicas o la vigilancia de correos electrónicos, historiales de navegación por Internet<sup>11</sup> o, el supuesto más grave, el asesinato de cualquier persona calificada por el presidente de EE.UU. de sospechosa de ser un terrorista<sup>12</sup>. Se calcula que entre 2001 y

<sup>10</sup> En aplicación de la *National Defence Authorisation Act* de 1 de enero de 2002.

<sup>11</sup> En aplicación de la *Patriot Act* de 26 de octubre de 2001.

<sup>12</sup> En aplicación de la *Authorization for Use of Military Force Act* de 18 de septiembre de 2001. Esa ley otorgó a Bush II, asimismo, la potestad exclusiva de decidir quiénes habían sido los autores del 11-S.

2010, 4.000 personas fueron asesinadas por órdenes directas de Bush II y Obama. Todo ello sin juicio previo ni necesidad de presentar pruebas sobre lo alegado como justificación de tan drásticas medidas.

En los estados miembros de la UE (Unión Europea), además de colaborar con las “rendiciones extraordinarias” y los vuelos de la CIA, las nuevas leyes antiterroristas han alargado los períodos de detención preventiva, lo cual hace más fácil la comisión de torturas y supone una restricción del derecho al *habeas corpus*. Asimismo, se han debilitado los derechos de defensa de los imputados y se han alargado las penas y endurecido las condiciones de su cumplimiento en los casos de terrorismo<sup>13</sup>.

Sin embargo, la novedad más importante fue imponer la obligación a todos los estados miembros de la UE de incluir delitos de terrorismo en sus códigos penales, pues se daba la particularidad de que en 2001 la mayoría de dichos estados no los tenían tipificados (por entonces únicamente Gran Bretaña, Francia, Italia, Alemania, España y Portugal tenían tipos penales de terrorismo).

El concepto jurídico de terrorismo contiene elementos que permiten la criminalización de ideologías. Como muy bien se explicaba en la exposición de motivos del Proyecto de Decisión-Marco sobre terrorismo del Consejo de Ministros de Justicia e interior de la Unión Europea, de 16 de octubre de 2001: “La mayoría de los actos terroristas son delitos comunes que se convierten en delitos terroristas por razón de la intencionalidad del delincuente.” Esas intencionalidades justificarían el aumento de las penas y la restricción de los derechos de los imputados. En consecuencia, los delitos de terrorismo castigan actos pero también ideologías.

Así, el concepto de terrorismo propuesto por el Consejo de la Unión Europea, el 13 de junio de 2002, consistía en la enumeración de una larga lista de delitos ya sancionados con anterioridad (asesinato, hurto, robo, libramiento de documentos falsos, chantaje, atentados, secuestros, destrucciones masivas en instituciones gubernamentales o públicas, en sistema de transporte, en infraestructuras, en propiedades públicas o privadas, apoderamiento ilícito de aeronaves, fabricación y tenencia de explosivos, liberación de sustancias peligrosas, perturbación o interrupción en el suministro de agua, electricidad, o bien la amenaza de ejercer cualquiera de estas conductas) más la fijación de las intencionalidades

---

13 Para una explicación más detallada de las reformas legales antiterroristas posteriores al 11-S llevadas a cabo en diversos países europeos, ver: PORTILLA, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 141-178.

que serían las que los convierten en delitos *terroristas*; las cuales son: 1) intimidar gravemente a una población; 2) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 3) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas y sociales de un país o de una organización internacional<sup>14</sup>.

El gran interrogante que plantea éste y cualquier otro concepto jurídico de terrorismo es por qué son esas y no otras las intencionalidades que cualifican a dichas conductas como delitos terroristas<sup>15</sup>. ¿Por qué no se considera terrorismo matar, secuestrar, robar, chantajear, destruir propiedades, etc., persiguiendo la finalidad, por ejemplo, de *estabilizar* o *defender* - y no desestabilizar o destruir - las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas y sociales de un país o de una organización internacional?, ¿o la finalidad de generar, no intimidación, sino obediencia entre la población?, ¿o la finalidad de promover la legitimación social de una decisión adoptada por alguna instancia de poder?

Además, tanto en EE.UU. como en varios países de la Unión Europea, a los delitos de terrorismo se han añadido nuevos delitos de apología o enaltecimiento del terrorismo, así como delitos de “incitación al odio”. Todos ellos allanan el camino para la criminalización de determinadas corrientes de pensamiento.

En ese sentido, el Consejo de la Unión Europea aprobó el 26 de abril de 2010 un documento (nº 8.570/10) mediante el cual se ordenaba a las policías de los estados miembros de la UE la tarea de vigilar a personas o grupos que propagasen “discursos de odio e incitación al terrorismo”, como parte de una Plan de Acción Global contra la Radicalización y el Reclutamiento Terrorista. Con la información recolectada, se debían elaborar listas de “radicalizadores/reclutadores o transmisores de mensajes radicales”. Ante una definición tan vaga como esa, los responsables políticos ya habían aclarado, en el anexo de un documento anterior sobre el mismo asunto (nº 7.984/10), que se referían fundamentalmente a personas o grupos “de extrema izquierda, extrema derecha, nacionalistas, religiosos o de antiglobalización”.

---

14 Esta finalidad criminaliza claramente la ideología de los grupos, colectivos, sindicatos y partidos anticapitalistas.

15 En España dicha cuestión se planteó con mucha virulencia en relación con los GAL (Grupos Antiterroristas de Liberación), organización que se promovió desde el Ministerio del Interior. Los GAL fueron responsable de veintisiete asesinatos entre 1983 y 1987. Con motivo del juicio por el secuestro de Segundo Marey, el Tribunal Supremo estimó que dicho delito no era un delito de terrorismo al no perseguir sus autores la finalidades de “subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública”, los dos requisitos exigidos entonces por el artículo 571 del código penal español para calificar un secuestro de secuestro *terrorista*.

Después de los atentados de París de principios y finales de 2015, atribuidos a grupos yihadistas<sup>16</sup>, en Europa y EE.UU. se ha dado un salto cualitativo en la propagación de la islamofobia, esto es, de un racismo dirigido preferentemente contra las personas de religión islámica, las cuales son vistas por los nuevos racistas como personas propensas a practicar el terrorismo debido al carácter fanático de sus creencias religiosas. Dicho discurso ha contribuido al crecimiento electoral de la extrema derecha en EE.UU y los países de la UE. Estas nuevas fuerzas políticas tienen en común la islamofobia de una forma similar a como sus antecesores de hace ochenta años tenían en común la judeofobia.

### **3. SOBRE LA LEGITIMACIÓN SOCIAL DEL DERECHO PENAL DE AUTOR**

Es muy importante preguntarse cómo se ha generado la legitimación social del retorno del derecho penal de autor. Obviamente, cualquier intento de contestar seriamente a esta cuestión nos llevaría muy lejos y, además, es una tarea que debe apoyarse en investigaciones de sociólogos e historiadores que, en buena medida, todavía están por hacer.

Ahora bien, tentativamente no parecen descabelladas las siguientes reflexiones.

En primer lugar, vale la pena recordar que el terrorismo es una amenaza mínima, en términos estadísticos, a la vida y la integridad física de las personas que viven en las sociedades occidentales.

Los ciudadanos de EE.UU. tienen muchas más probabilidades estadísticas de morir de forma violenta a consecuencia del uso de las armas de fuego por parte de pequeños delincuentes, adolescentes sociópatas o por enfrentamientos entre bandas de narcotraficantes, que por actos de terrorismo. En Europa, es mucho más probable estadísticamente la muerte o la minusvalía de por vida causadas por un accidente de tráfico o por la violencia de género, que no por el terrorismo.

Sin embargo, desde 2001, las reales o supuestas amenazas terroristas ocupan un espacio desmesurado en los discursos de los dirigentes políticos y en los grandes medios de comunicación, por no hablar de su uso frecuente como argumento recurrente de *best-sellers*, películas, series de TV, juegos de ordenador, etc..

---

16 Lo cual favorece la criminalización del islamismo dado que todos los creyentes de dicha religión deben practicar la yihad, esto es, deben esforzarse por ser unos buenos musulmanes, lo cual incluye desde practicar el ramadán y otros preceptos morales hasta la defensa de la propia fe religiosa frente a sus adversarios. En ese sentido, todos los musulmanes son yihadistas.

Desde 2001, el terrorismo ha pasado a constituir un elemento central de la violencia simbólica (concebida a la manera de Pierre Bourdieu) ejercida por las diversas estructuras de poder occidentales.

Dichas estructuras muestran un claro interés en amplificar, instrumentalizar y manipular la conmoción social generada por los actos terroristas. Éstos, por regla general, consisten en matanzas indiscriminadas en medios de transporte o en lugares públicos, que suscitan una identificación social inmediata con las víctimas y una demanda angustiada al estado de protección y seguridad. Tanto más cuanto los actos terroristas y todo lo que les rodea se convierten durante semanas en los temas estrella de los medios de comunicación globales. En ese contexto, los gobernantes aprovechan la sensación colectiva de horror para promover la aprobación de medidas liberticidas que en otras circunstancias serían profundamente impopulares. La reiteración de esta forma de proceder por parte de diferentes dirigentes políticos de diversos estados (EE.UU., Gran Bretaña, Francia, España, Bélgica, etc.) sugiere que estamos ante una nueva técnica de gobierno de las poblaciones.

Una forma habitual de manipulación gubernamental es la asignación instantánea de autoría de los atentados terroristas sin aguardar a los resultados de las investigaciones policiales, judiciales y/o parlamentarias. Dicha atribución de responsabilidad se hace normalmente por intereses espurios o tácticos. En los quince años que llevamos de guerra contra el terrorismo, tenemos varios ejemplos significativos de ello.

La inmediata atribución a Osama Bin Laden de la responsabilidad última de los atentados del 11-S —el acontecimiento que justificó, según el gobierno de los EE.UU, la misma declaración de la guerra contra el terrorismo—, no pudo ser acreditada después por el FBI al no encontrar pruebas que la justificaran<sup>17</sup>. Lo mismo ocurrió con la atribución de la autoría o coautoría del 11-S a Sadam Hussein, formulada entre otros por el vicepresidente Richard Cheney, el espionaje israelí y por James Woolsey, antiguo director de la CIA<sup>18</sup>. Los atentados con ántrax de octubre de 2001, inicialmente atribuidos por el gobierno de los EE.UU. a Al Qaeda y al gobierno de Iraq, fueron ejecutados, según a las conclusiones a la que llegó el FBI en 2008, por un científico militar norteamericano llamado Bruce

<sup>17</sup> HASS, E., "No hard evidence connecting Bin Laden to 9/11", *Muckraker Report*, 6 de junio de 2006.

<sup>18</sup> Ver *El País*, 20 de septiembre de 2001 y *The Wall Street Journal*, 18 de octubre de 2001. Para un tratamiento más extenso de todos estos asuntos ver mi texto "Leviatán sin bridas" en ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., *El libro de los deberes*, Madrid, Trotta, 2013, p. 61-94.

Edwards Ivins, especializado en la vacuna contra el ántrax (un caso claro de bombero-pirómano). O bien, la acusación inicial del gobierno español a ETA y/o a Al Qaeda como autores de los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid, fue considerada gratuita por los jueces de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo español al no poderse apoyar en prueba alguna<sup>19</sup>.

Y después están los casos en que los gobiernos occidentales han alertado de supuestos peligros que después han resultado ser puras invenciones. El caso más notorio y estudiado lo constituyen las hipotéticas amenazas con las que se intentó justificar la invasión de Iraq en 2003. Los supuestos atentados masivos que Al Qaeda iba a llevar a cabo en Europa gracias a la protección y a las armas de destrucción masiva que les iba a proporcionar Sadam Hussein, según lo alegado por Colin Powell en su comparecencia ante el Consejo de Seguridad de la ONU el 5 de febrero de 2003, luego se convirtieron en humo debido a la ausencia de pruebas sobre dicha protección (ausencia de pruebas que un año después reconocería el propio Colin Powell<sup>20</sup>, al igual que el informe de la Comisión) y, sobre todo, a la inexistencia de las famosas armas de destrucción masiva en Iraq.

Sin embargo, el sector de las poblaciones occidentales más crédulo se queda con el primer mensaje que lanzan sus gobernantes sobre la autoría de los atentados y rara vez cambia después de opinión. Ahí habría que buscar el auge de la islamofobia entre las poblaciones occidentales. Su fe y credulidad en lo que dicen y hacen los gobiernos occidentales en relación con el terrorismo se prolonga cuando da apoyo a las medidas liberticidas en aras de la seguridad, dado que aquellos sostienen que para tener seguridad hay que renunciar a la libertad. Quienes defienden la obiedad de que ni los bombardeos en Asia Central, Oriente Medio o Norte de África, ni tampoco las restricciones de derechos, pueden evitar que se produzcan atentados (ni siquiera las dictaduras pueden hacerlo, como los atentados contra la vida de Luis Carrero Blanco, Augusto Pinochet o contra el mismísimo Adolf Hitler, muestran de forma fehaciente), son minoritarios y su punto de vista es sistemáticamente despreciado y marginado.

El autoritarismo ideológico que comporta todo lo anterior es palmario. Es más: hay ya bastantes elementos para sospechar racionalmente que los gobiernos occidentales han obtenido apoyo social a sus políticas

<sup>19</sup> Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo del Estado español consideraron que los atentados en Madrid del 11 de marzo de 2004 los habían llevado a cabo un grupo yihadista local sin conexión orgánica con Al Qaeda.

<sup>20</sup> *El País*, 10 de enero de 2004.

liberticidas mediante tácticas de verdadera “guerra psicológica”<sup>21</sup> dirigidas contra sus propias poblaciones.

#### 4. ¿POR QUÉ HA VUELTO EL DERECHO PENAL DE AUTOR?

El retorno del derecho penal de autor pone de manifiesto la deriva autoritaria de los estados occidentales. Pero ¿por qué han apostado de nuevo por fórmulas autoritarias los dirigentes de EE.UU y la UE<sup>22</sup>? En mi modesta opinión, una de las formas más rápidas, sintéticas y pedagógicas de responder a esta pregunta puede hallarse analizando el contenido de una norma jurídica aprobada en 2007, en el último año del segundo mandato de Bush II, cuando ya se percibía el inicio del derrumbe de la pirámide financiera que causó la actual crisis socioeconómica.

Nos referimos a la *National Security Presidential Directive* nº 51, de 9 de mayo de 2007. En ella se prescribía que, ante un supuesto denominado “emergencia catastrófica”, el presidente de los EE.UU debería asumir el liderazgo de las actividades estatales para asegurar un gobierno constitucional duradero. Dicho liderazgo le facultaba para ejercer de “coordinador” de los tres poderes del estado (ejecutivo, legislativo y judicial). Entre “coordinar” y “controlar” no hay una gran distancia. No hace falta, pues, una gran perspicacia para llegar a la conclusión de que esta directiva, que sigue vigente, sienta las bases legales para poder implantar una auténtica dictadura en la primera potencia mundial.

Lo que podría justificarla legalmente sería lo que ya se ha dicho, una “emergencia catastrófica”, la cual, según la definición contenida en la propia directiva, puede sobrevenir debido a “...un incidente, sin importar su ubicación geográfica, que produzca niveles extraordinarios de desastre masivo, daño o perturbación que afecte severamente a la población de EE.UU., su infraestructura, medio ambiente, economía o funciones de gobierno.” Es importante añadir que quien decide cuándo existe una situación de “emergencia catastrófica” es el propio presidente de los EE.UU.

---

21 Entendiendo por guerra psicológica la utilización planificada de la propaganda con el fin de dirigir las conductas de las personas, sin recurrir masivamente a las armas o haciendo un uso complementario de éstas. El caso más estudiado es el de las mentiras para justificar la invasión de Iraq. Sobre este asunto es obligado consultar BOCARDO CRESPO, Enrique, **La política del negocio: cómo la Administración Bush vendió la guerra de Iraq**, Barcelona, Horsori, 2013, en especial p. 300-380.

22 En el momento de escribir estas páginas, la Asamblea Nacional de Francia, el país de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, acaba de aprobar la prórroga por tres meses más de l'état d'urgence, un estado de excepción atenuado que permite restringir o suspender derechos y libertades tan fundamentales como la libertad de circulación o el derecho de manifestación, al igual que el derecho a no ser objeto de un registro domiciliario sin mandato judicial, entre otros. Fue declarado a raíz de los atentados de París de 13 de noviembre de 2015, pero ahora está siendo utilizado para reprimir las protestas contra la reforma laboral propugnada por el gobierno de François Hollande.

De la amplitud de la definición legal de lo que debe entenderse por “emergencia catastrófica” se infiere que sus redactores no sólo estaban pensando en un nuevo atentado terrorista, sino también en un acontecimiento que amenazase el funcionamiento de la sociedad estadounidense en su conjunto. La referencia a que dicho incidente podía ocurrir en cualquier lugar del mundo (“sin importar su ubicación geográfica”) sugiere que en las mentes de los miembros del gobierno de Bush II existía tanto la conciencia de la interrelación de su economía con el resto de economías del mundo, propiciada por la globalización empresarial y financiera, como de su dependencia energética de recursos no renovables ubicados en zonas muy inestables del planeta. Entre dichos recursos se encuentra el petróleo. Recordemos que, entre otras muchas cosas, tanto el transporte de mercancías y personas como la agricultura, de la que depende la alimentación de la humanidad, exigen el consumo de grandes cantidades de petróleo.

En noviembre de 1999, Richard Cheney, que dos años después sería nombrado vicepresidente en el gobierno de Bush II, impartió una conferencia en el Instituto del Petróleo de Londres, en calidad de director ejecutivo de Halliburton (empresa dedicada, entre otros negocios, a la comercialización de petróleo), en la que afirmó que el petróleo es “el fundamento sobre el que se asienta todo el edificio de la economía mundial”, para añadir un poco más adelante: “Por lo que respecta al mundo, se espera de las compañías petroleras que mantengan los descubrimientos y desarrollen suficiente crudo como para compensar los más de 71 millones de barriles que se agotan cada día, además de encontrar los que satisfagan la nueva demanda. En efecto, algunos estiman que la demanda mundial de petróleo sufrirá un aumento de un 2% anual durante los próximos años mientras que simultáneamente se producirá un declive mínimo de un 3% en la producción por el agotamiento de las actuales reservas. Esto quiere decir que para el 2010 necesitaremos del orden de 50 millones de barriles adicionales cada día. ¿De dónde va a salir este petróleo?”<sup>23</sup>

De sus palabras era fácil deducir su plena conciencia sobre la proximidad del declive de la producción mundial de petróleo, lo cual haría tambalear “todo el edificio de la economía mundial”. A la vista de lo ocurrido a partir de 2007-2008, los temores de Cheney no parece que fueran precisamente los delirios de un paranoico. Recordemos que el precio del crudo era de 9’82 dólares el barril Brent en 1998 y que sólo diez años

23 CHENEY, Richard “Conferencia de Dick Cheney en el London Institute of Petroleum”, (<http://es.scribd.com/doc/64093898/Conferencia-de-Dick-Cheney-en-El-London-Institute-of-Petroleum> ). Consultada el 6 de julio de 2012.

después, en julio de 2008, alcanzó la asombrosa cifra de 148 dólares. De hecho, ya en el informe de la AIE (Agencia Internacional de la Energía) de 2010, se admitió como dato contrastado que en 2006 se alcanzó el techo de la producción mundial del llamado “petróleo fácil o convencional” (que es el 80% del petróleo que consume el mundo). Ahí se encontraría la causa fundamental de la escalada en el precio del petróleo.

Desde entonces el mundo ha debido afrontar una brutal oscilación en el precio del oro negro que es todo lo contrario a lo que necesitan las diferentes economías para su correcto funcionamiento. En diciembre de 2008, el precio del barril bajó hasta los 36’6 dólares, para remontar a principios de 2011 hasta los 125 dólares y volver a descender en 2015 por debajo de los 40 dólares. Una verdadera montaña rusa en la evolución de los precios del petróleo no experimentada anteriormente por la humanidad.

En esa brutal oscilación, cuando los precios están altos los países productores de petróleo incrementan de forma acelerada sus ingresos, pero eso provoca también recesión económica en los países importadores de petróleo, lo que acaba redundando en una reducción de la demanda de petróleo (como ha sucedido en China, India y los países de la Unión Europea, entre otros) que hace bajar los precios de forma espectacular. Cuando el precio del petróleo se hunde a gran velocidad, los países importadores abaratan sus costes de producción y reequilibran sus balanza de pagos, pero entonces son los países productores quienes deben afrontar crisis económicas y políticas (como están experimentando ahora Venezuela, Rusia, Arabia Saudita, Kuwait, los Emiratos del Golfo o Nigeria, entre otros) y eso comporta destrucción de la oferta de petróleo por quiebra y cierre de las empresas productoras y distribuidoras del oro negro (como les está ocurriendo ahora a las empresas dedicadas a la extracción de petróleo mediante la técnica del fracking, al no ser competitivo el precio de producción). Al final de cada ciclo de la espiral, la producción global de petróleo disminuye.

Tanta fue la preocupación de Cheney por este asunto que lo primero que hizo al ser nombrado vicepresidente de los EE.UU, en enero de 2001, fue ordenar la creación de un grupo de estudio sobre la “seguridad energética”<sup>24</sup>. Asimismo, en el **Quadrennial Defense Review Report**, publicado el 30 de septiembre de 2001, tres semanas después de los atentados del 11-S, se señalaba como una de las prioridades de la política de defensa de EE.UU el control de “las áreas cruciales del planeta”, que son

24 Cfr. KLARE, M. T., **Sangre y petróleo**, Barcelona, Urano, 2006, p. 93-117.

aquellas donde se encuentran “los recursos estratégicos clave”. Un par de años después, el Departamento de Energía de EE.UU encargó al físico Robert L. Hirsch la elaboración de un informe de prospectiva sobre las consecuencias del sobrepasamiento del pico o techo máximo de producción del petróleo. Éste fue publicado en 2005 con un título que refleja bien su contenido: *Peaking of world oil production: impacts, mitigation and risk management* (Superación del pico de la producción mundial de petróleo: impacto, mitigación y gestión de los riesgos)<sup>25</sup>.

Richard Heinberg, un escritor y analista de temas medioambientales, a partir de estos y otros muchos datos parecidos ha formulado sus tesis sobre El final del crecimiento<sup>26</sup>.

Sostiene Heinberg que no sólo es el petróleo “fácil o convencional” el que ha llegado a su pico de producción, sino que también se encuentran en una situación similar —o están muy cerca de encontrarse— otros muchos recursos no renovables, tales como gas, carbón, uranio, cobre, bauxita, magnesio, potasio, hierro, estaño, titanio, zinc y metales raros, entre otros. Estaríamos por tanto ante el *peak everything* (el pico de todo) y no sólo ante el *peak oil*. A eso se debe añadir el agravamiento de los impactos ambientales provocados por el uso de los recursos agotables y no agotables, como, por ejemplo, la perforación y adelgazamiento de la capa de ozono, el cambio climático, la lluvia ácida, la reducción de la biodiversidad, la desertificación, las dificultades en el acceso al agua potable, etc. Ambos procesos son indicios claros de que la humanidad se está acercando a sus límites de sustentabilidad, los cuales, una vez traspasados, harán imposible la continuación del crecimiento económico a nivel planetario.

Todo lo anterior sugiere que la crisis que estalló en 2007-2008, además de tener que ver con las consecuencias desastrosas de la desregulación del sector financiero de la economía, contiene rasgos de una verdadera crisis de civilización<sup>27</sup>. El autoritarismo rampante y la fascistización de las poblaciones sería la opción jurídica y política por la que habrían optado las élites occidentales para enfrentarse a ella. ❖

---

25 R. L. Hirsch, R. Bezdek, R. Wendling, *Peaking of world oil production: impacts, mitigation & risk management*, febrero 2005, se puede encontrar en: [http://www.netl.doe.gov/publications/others/pdf/Oil\\_Peaking\\_NETL.pdf](http://www.netl.doe.gov/publications/others/pdf/Oil_Peaking_NETL.pdf). Ver también “Entrevista a Robert L. Hirsch sobre el pico del petróleo” en *mientras tanto*, nº 115, p. 41-51.

26 Cfr. HEINBERG, Richard, *El final del crecimiento*, Barcelona, El Viejo Topo, 2014.

27 Cfr. MUIÑO, Emilio Santiago, *¡No es una estafal Es una crisis (de civilización)*, Madrid, Enclave de Libros, 2015. También TURIÉL, Antonio, “*Digámoslo alto y claro: esta crisis económica no acabará nunca*” en el blog *The Oil Crash*, <http://crashoil.blogspot.com.es/2010/06/digamos-alto-y-claro-esta-tesis.html>. Asimismo se puede consultar ALVARTER, Elmar, *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos*, Barcelona, El Viejo Topo, 2011.

# Transexualidade no Campo Jurídico. Mudança do Registro Civil e as Subjetividades Sentenciais

**Kathyla Katheryne**

*Graduanda em Pedagogia – UERJ/ Extensão em Contrabaixo, Escola de Música – UFRJ, Coordenadora da Roda de Conversa de Trans\* no CEDIM - Conselho Estadual dos Direitos da Mulher, Membro do Conselho LGBT do Estado do Rio de Janeiro. Ativista atuante pela ASTRA-Rio (Associação de Travestis e Transexuais do Estado do Rio de Janeiro).*

Este artigo tem por objetivo tratar de um assunto ainda polêmico no campo jurídico. Os entraves e transtornos provocados por algumas sentenças, vistas apenas pelo entendimento técnico e material.

Historicamente, em nosso país, algumas personalidades deram o pontapé inicial ao que era impensável juridicamente até então. Conseguiram ter seus nomes artísticos (pseudônimos que mais tarde tornaram-se “*nome social*”), incluídos em seus registros civis, oficializando o que até então era oficioso.

Embora não tenha cronologicamente esses dados, é de notório conhecimento entre os magistrados e operadores de direito que os Senhores Pelé, Xuxa e Lula tiveram seus “*nomes sociais*” inclusos em seus registros mediante o fato de serem conhecidos e tratados popularmente por tais nomes.

Dentro da seara de demandas da Transexualidade, tivemos o notório caso da Roberta Gambine, que foi a primeira mulher a lograr êxito em ter o nome de registro e o sexo modificados. Nesse caso, o “Close” permanece até os dias de hoje apenas artístico.

Essa fase considerada pioneira foi o pontapé inicial na criação do caminho das jurisprudências, iniciando-se assim um horizonte “*avant garde*” nas demandas judiciais dessa população.

## UM POUCO DA HISTÓRIA

Paralelamente aos fatos acima citados, a comunidade científica brasileira se debruçava para compreender as questões da Transexualidade, pois afinal, esse assunto já era tratado dentro de um amplo espectro de conhecimentos acadêmicos na Europa e nos Estados Unidos desde as questões que envolvem a “disforia de gênero” até as cirurgias de readequação sexual, passando pelas transformações físicas oriundas de hormonização e próteses, pois muitas pessoas começaram a procurar clínicos e cirurgiões para que atendessem seus insistentes pedidos de mudança de sexo.

Em 1971, médicos pioneiros do Hospital das Clínicas de São Paulo tentaram solucionar o problema de pessoas transexuais através da regulamentação da cirurgia de conversão e da legalização da nova identidade do gênero, o que foi aprovado em 1979 por unanimidade pelo Senado e pela Câmara Federal, mas vetado pelo presidente João Batista Figueiredo.

Na época, fez-se a primeira cirurgia de conversão em uma pessoa transexual (masculino para feminino) no Brasil, o que resultou em um processo criminal por lesão corporal grave, apesar de ter sido requisitada pelo paciente, com o objetivo de lhe proporcionar a integração “*biopsi-cossexual*” e social que faz parte do seu direito à saúde.

Recentemente, em 10 de setembro de 1997, o Conselho Federal de Medicina deu parecer favorável a cirurgia de conversão de transexuais quando realizada em hospitais-escola sem fins lucrativos. O direito à cirurgia é adquirido após o paciente ter passado por no mínimo dois anos de acompanhamento por uma equipe multidisciplinar de médicos e psicólogos.

## O REGISTRO CIVIL

Advogados, Defensores Públicos e bacharéis em direito, juntamente com seus orientadores, também se debruçaram sobre essa questão para analisar as nossas leis e observar em que partes poderia-se utilizar na defesa dessa causa, objetivando a mudança de registro civil do que se compreende nome e sexo.

Muitos anos se passaram e embora o movimento social organizado, intelectuais e políticos (que abraçaram a causa percebendo a gravidade da

violação por omissão das questões humanas e sociais) tentassem junto a alguns parlamentares do nosso Congresso a aprovação de projetos de lei que pudessem regulamentar essas questões, dando um “norte” para essa demanda, até o presente momento, não conseguimos avançar além das discussões, pois os nossos parlamentares, em sua maioria, ainda se mostram insensíveis para tratar dessa matéria e, assim, na contramão dos avanços internacionais continuam a ignorar os notórios avanços internacionais, como, por exemplo, os “Princípios de Yogyakarta” que foi desenvolvido em 2006 por um grupo de notáveis especialistas em Direitos Humanos de 25 (vinte cinco) países com princípios que preconizam a aplicação da lei internacional sobre o tema da orientação sexual e a identidade de gênero, de maneira a esclarecer e sintetizar a obrigação primária dos estados em implementar os direitos das pessoas na dimensão da sua orientação sexual e identidade de gênero, com base na igualdade.

Sabemos que nossa Constituição prevê como um dos fundamentos da República do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Esse conceito aberto comporta inúmeras teses. Os objetivos fundamentais também apresentam abertura na sua interpretação, como o de construir uma sociedade livre, justa e solidária com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I e IV). O Título que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” assegura, no art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, assegurando a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (inciso x).

A Constituição é categórica, ao afirmar, nesse mesmo artigo, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (inciso II). Todas essas normas são de aplicação imediata, conforme o § 1º do mencionado artigo determina.

Embora tenhamos em nossa Constituição fundamentos da dignidade da pessoa humana, nos falta uma lei que regule tanto a questão jurídica, quanto a de acesso ao tratamento e cirurgias, dentre outros.

Como são poucos os parlamentares que defendem os direitos da população Transexual no Congresso e apóiam os projetos de lei, não se tem conseguido avançar, refletindo assim num vergonhoso retrocesso.

Diferentemente do Poder Legislativo, o Poder Judiciário, por meio de seus Magistrados, começou a arregaçar as mangas e tratar caso a caso

mas, diante da complexidade gerada pela amplitude e dificuldades dos casos nos quais não existe norma aplicável, alguns Juízes começaram a se utilizar de suas subjetividades, dentre as quais até as suas convicções religiosas, para julgar e assim promulgar sentenças que lamentavelmente trouxeram muitos entraves de uma interpretação que por muitas das vezes acabou violando os “Direitos Humanos”, e quando o objeto do foco em questão é esse, necessário se faz apurar ainda mais esse entendimento que, por muitas vezes, vai além do que imaginamos, devido à dinâmica dos avanços até então. Neste caso, as boas publicações e artigos acadêmicos e sentenças favoráveis são grandes aliados no entendimento e possibilitam uma interpretação mais “coerente” com os dias atuais do século XXI e conseqüentemente mais humana, na acepção da palavra.

Embora essa palavra “coerente” seja delicada de se empregar, temos várias questões que muitas vezes não percebemos que são pano de fundo de todo um cenário e que desejo aqui abordar.

Muitas vezes, não percebemos a dor que classifico como “*nadar contra a maré*” das pessoas que passam pelo sofrimento para compreenderem quem são, pois ao se olhar no espelho e ao se tocar no momento de se banhar, começam a perceber que algo está errado entre o sentimento e a percepção de fato “*body and soul*” e é aí que começa o que considero a maior batalha de todas! A luta pela modificação corporal. Ao mesmo tempo, começa o conflito dentro de casa, pois, infelizmente, a maioria das famílias brasileiras ainda não compreendem esse fenômeno. Sem mencionar o tradicionalismo, que também se reflete junto ao mercado de trabalho, sendo difícil lidar com essa questão.

E as lutas vão ficando cada vez mais acirradas e intensas, ampliando-se assim por uma guerra com inúmeras e infindáveis batalhas e, infelizmente, algumas pessoas simplesmente morrem, ou, pressionadas por seus familiares, voltam atrás nesse processo se tornando “criaturas sem identidade”, pois vivem uma frustração sem precedentes.

As pessoas que conseguem forças para continuar essa árdua batalha acabam chegando à porta do judiciário para finalmente realizar o procedimento mais importante no que tange a vida social. Na mudança de registro o que temos percebido dentro dessa caminhada dolorosa é que alguns Magistrados têm descartado um conceito “*sine qua nom*” para o entendimento em sua total amplitude: o “Gênero”. Essa palavra nos traz um arcabouço de conhecimentos, entendimentos e novos conceitos

desenvolvidos por Filósofos, Antropólogos e Sociólogos, que nos fizeram compreender muito além da genitália e da construção de identidade. Simone de Beauvoir, em um entendimento muito à frente de seu tempo, escreveu talvez a sua mais célebre frase “Não se nasce mulher, torna-se”. Ou seja, o ser humano não constrói a sua identidade com base no biótipo e sim na forma como se identifica e vive socialmente. O corpo não pode limitar a alma!

Essa mudança corporal-hormonal acaba por também transcender a alma, amplificando as emoções, tornando a pessoa mais suscetível a descargas emocionais, choros e outros sentimentos (no caso das mulheres transexuais e as travestis no sentido mais amplo), sendo necessário acompanhamento endocrinológico, pois, caso os remédios não sejam bem utilizados e ou administrados, o desenvolvimento de depressão torna-se inevitável.

Pela delicadeza e amplitude, além de ser muito mais complexa do que se imagina, a genitália não deveria ser fator preponderante em uma sentença judicial e sim a forma de identificação da pessoa, pois uma vez compreendido o conceito de Gênero, poderemos entender e discernir profundamente o real significado da alma e da vida humana em seu “*modus vivendis*”

Graças à compreensão de alguns Magistrados, que “*habeas lux*” julgaram procedentes as ações desse tipo que chegaram em suas respectivas varas, permitiu-se criar um caminho por meios das Jurisprudências, facilitando para todos os operadores de direito, os novos Magistrados, Promotores de Justiça, Procuradores do Estado e Município, Defensores Públicos e Advogados, que poderão, de forma símile, compreender, capitalizar e ou conceder os direitos reivindicados pela população transexual e de travestis. Como por exemplo, as decisões sentenciadas dos Juízes André Cortês Vieira Lopes e Maria Aglaé Tedesco Vilardo.

## TÍMIDOS AVANÇOS

Pensando em reduzir danos emocionais a essa parcela da população brasileira, criou-se por decreto Estadual e Municipal a utilização do “*Nome Social*”. Entretanto, infelizmente, em muitas situações e locais, tal medida inclusiva não é respeitada em sua plenitude, pois a subjetividade de negação desse direito (travestido de desconhecimento do decreto)

acaba por criar um mal-estar em muitas das vezes, já que se trata apenas de um paliativo minimizador da garantia dos direitos humanos. Devido à falta de leis, acaba-se provocando um misto de indignação e sensação de impotência, o que gera um grande abalo psicológico-emocional. Em alguns casos, pessoas transexuais foram demitidas do seu emprego de forma velada, é claro, por exigir o direito de serem tratadas pelo seu “Nome social”.

Penso que o fato de se negar direitos é também uma forma de invisibilizar, deslegitimar e manter essa pequena parcela da sociedade à margem da mesma e assim, condenadas ao extermínio, são barbaramente torturadas e assassinadas, o que denota a conclusão de se tratar de uma “política intencional e sistemática de eliminação dessa população”.

É o que chamamos de Transfeminicídio, dando ao Brasil o nefasto título de Campeão de assassinatos dessa população em 2015. (Dados do conceituado International Transgender Europe)

## UM CAMINHO SEM VOLTA

O movimento feminista tem avançado em conquistas e nessa transformação do feminismo de movimento de vanguarda a movimento de massas, incluiu-se também os direitos das Mulheres Transexuais (dentro do recorte LGBT), reconhecendo-se assim as várias facetas desse movimento que luta contra a “opressão de gênero”. É um caminho sem volta para essa igualdade de direitos.

A EMERJ vem colocando lume na questão de “Gênero, e, conseqüentemente, a ampliação dessa visão e entendimento maior das Mulheres (Cisgêneras & Transgêneras), com a criação do Curso de Especialização (Pós-Graduação *Lato Sensu*) em Gênero & Direito, que muito contribuirá na continuidade dos avanços, trará em sua estrutura curricular muitos módulos que em algum momento tratarão desses avanços, ainda que, dentro da sua pluralidade, haja posições diferentes e até conflitantes sobre o tema, assim como a mais recente publicação que trata do Gênero na especificidade do “Feminicídio”, um recorte do gênero que a Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello domina com a experiência de sua “*práxis iustitiae*”.

Creio que todas essas articulações do movimento feminista & transfeminista junto à EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, ao CNJ - Conselho Nacional de Justiça, e à AMB – Associação de Magistrados Brasileiros trarão ao Congresso brasileiro uma responsabili-

dade ainda maior no tratar dos projetos de lei de uma parcela da nossa população que ainda se encontra invisível em muitas estatísticas e como tal, sem uma política pública coerente com suas demandas, e que clama por equidade e justiça, pois a verdadeira democracia é aquela em que a maioria respeita, defende e protege a minoria. ❖

## CITAÇÕES

“A permissão para a troca de nome e sexo no registro civil independentemente da realização de cirurgia resolveria o problema mais agudo da vida cotidiana dos transexuais”.

Eloísio Alexandre Silva

Médico Cirurgião e Professor do HUPE/UERJ

*Transexualidade: Princípios de Atenção Integral à Saúde*

“A Sociedade precisa reconhecer os direitos das pessoas transgêneras de poderem ser cidadãos(ãs), de terem autonomia, tanto para dizerem quem são quanto para produzirem seu próprio corpo – valores estes ainda negados por uma cultura que acredita que anatomia é destino.

Excluir, discriminar, silenciar ou assassinar pessoas que desafiam fronteiras do gênero são violências (simbólicas ou físicas), advindas de uma sociedade que não é verdadeiramente democrática e igualitária”.

João W. Nery

Psicólogo, Sexólogo e autor da autobiografia

*Viagem Solitária - Memórias de um Transexual 30 Anos Depois*  
(Editora Leya)

“Em todos os lugares do mundo, todos os dias, mulheres (Cis & Trans)\* são vítimas de assassinatos pelo simples fato de serem mulheres”.

Adriana Ramos de Mello

Juíza de Direito do 1º Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher e Presidente do Fórum Permanente de Violência

Doméstica, Familiar e de Gênero da EMERJ. Autora do livro *Feminicídio. Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

(\*) – Citação da autora desse artigo.

RAMSEY, Gerald. **Transexuais Perguntas e Respostas.**

BEAVOUIR, Simone, **O segundo sexo.**

ADVOGADO, Tribuna. **2016 março p. 10 e 11.**

MELLO – Adriana Ramos de. **Feminicídio. Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil.**

SILVA, Eloísio Alexandro. **Transexualidade: Princípios de Atenção Integral à Saúde.**

NERY, João W. **Viagem Solitária - Memórias de um Transexual 30 Anos Depois.**

# A Efetividade dos Direitos Humanos e Fundamentais em *Terrae Brasilis* (A necessidade de uma resposta adequada à Constituição)

**Lenio Luiz Streck**

*Doutor e Pós-Doutor em Direito (UFSC e FDUL); Professor Titular da Unisinos e Unesa; Coordenador do Dasein-Núcleo de Estudos Hermenêuticos da Unisinos; Presidente de Honra do IHJ – Instituto de Hermenêutica Jurídica; Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional; ex-Procurador de Justiça-RS; Advogado.*

## 1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Refletir sobre a efetivação dos direitos humanos e fundamentais nesta quadra da história é pensar também acerca das condições de possibilidade de sua efetivação (jurídica) em consonância com a democracia e os limites do direito. Caso contrário muitas conquistas esconderão, na realidade, outros problemas. Dito de outro modo, por vezes ouvem-se discursos em prol do reconhecimento e da concretização de direitos pela via judicial que não levam em conta que a prestação jurisdicional não é ilimitada e que “jogo” democrático tem de ser respeitado. Senão, partiremos de uma *demo*-cracia para uma *juristo*-cracia, o que certamente traria consequências outras tão danosas ou mais graves do que aquelas que intentamos suplantar.

Assim, cada vez mais se torna necessário discutir o papel do direito na democracia, suas possibilidades e sua força normativa. Em outras palavras, na contemporaneidade, não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia, inclusive os direitos humanos.

A nova acepção do direito está bem representada naquilo que Jorge Miranda chamou de “Revolução Copernicana do Direito Público”, ou seja, o novo lugar ocupado pelas Constituições do segundo Pós-guerra e pelos Tribunais Constitucionais, mormente no campo da Europa Continental.

Deste modo, é importante lembrar que é nesse contexto de afirmação das Constituições e do papel da jurisdição constitucional que teóricos dos mais variados campos das ciências sociais – principalmente dos setores ligados à sociologia, à ciência política e ao direito – começaram a tratar de fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial. Ambos os temas passam pelo enfrentamento do problema da interpretação do direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial.

Nesta conjuntura exurgem questões como: todo e qualquer argumento serve como fundamento de uma decisão jurídica? Sob quais circunstâncias é possível afirmar que o tribunal, em sua interpretação do direito, não está substituindo os demais Poderes da República, Legislativo ou Executivo, proferindo argumentos de política ou de moral, dentre outros?

Longe de ser um mero exercício teórico o modo como respondemos a estas indagações tem repercussões políticas e sociais que, em última instância, podem fortalecer ou fragilizar as pretensões (supostamente) emancipatórias. Destarte, o grande desafio hermenêutico do direito no século XXI é controlar hermenêuticamente as decisões judiciais, especialmente, diante do deslocamento da concretização dos direitos previstos na Constituição pelo Judiciário.

Nesta linha, este artigo, na primeira parte, versará sobre a necessária diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política. Na segunda, a abordagem se centrará em algumas recepções equivocadas que adentraram nossa cultura jurídica, sobretudo, com reflexos na aplicação prática do direito, como ocorre com a ponderação alexyana. Na terceira e última será apresentada a ideia da resposta constitucionalmente adequada como direito fundamental do cidadão.

## **2. A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA EM DIREITO**

Com a Constituição de 1988 tivemos a necessidade buscar novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teo-

ria da norma, uma nova teoria interpretativa e, fundamentalmente, uma teoria da decisão (teoria da validade). A pergunta que se coloca(va) era: de que modo pode(r)íamos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica esta(va) assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado francês e do alemão), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões, tampouco as discussões hodiernas sobre direitos humanos. Do mesmo modo, não há uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.

No intento de desenvolver uma teoria jurídica apropriada a esta nova realidade temos gestado ao longo das últimas décadas a *Crítica Hermenêutica do Direito*<sup>1</sup>. Uma de nossas maiores preocupações é que a decisão jurídica esteja em consonância com as exigências democráticas e constitucionais, donde radica sua legitimidade. Então, a resposta jurídica apresenta-se como uma decisão, que pressupõe responsabilidade política, e não como uma escolha (livre) que deva ser avaliada pelas suas consequências.

Os cidadãos, ao procurarem o Judiciário, acreditam que suas causas serão apreciadas e julgadas à luz do Direito previamente estabelecido. Ou seja, não é um direito criado *ex post facto*, mas aquele que tem raízes na história institucional de sua comunidade. Não estamos a dizer que (pre) existe um direito já pronto para ser aplicado, é que existe uma tradição, uma narrativa que precisa ser reconstruída e que esta tarefa possui limites e parâmetros.

Nesse sentido, entendo que há um direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor. Cada juiz tem suas convicções pessoais e sua ideologia própria, mas isso

---

<sup>1</sup> Em síntese, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) apresenta-se com uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico. Fundamentalmente, move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido. Juntamente com estes pressupostos incorporam-se aportes da teoria jurídica de Ronald Dworkin. Isto é explicitado amiúde em obras como *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, *Verdade e Consenso* e *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito - CHD é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). Fincada na ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).

não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou outro qualquer.

A institucionalização da moral no direito, a partir do direito gerado democraticamente (Constituições compromissório-sociais), mostra a especificidade do Estado Democrático de Direito. O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de “vida boa” deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo.

Com desideratos semelhantes, em Habermas o direito – a Constituição – garante abertura para que a justiça social venha a ser construída ao longo do tempo – daí a ênfase em uma democracia procedimental; na hermenêutica – na leitura feita no espaço destas reflexões – a aplicação da Constituição representa a concretização do conteúdo substancial e dirigente do texto; a hermenêutica não prescinde do procedimento, mas aposta na realização dos direitos substantivos, que tem caráter cogente, decorrendo, assim, uma maior valorização da jurisdição constitucional.

Afastando-se do relativismo, a *Crítica Hermenêutica do Direito* - CHD entende ser possível dizer, sim, que uma interpretação é correta, e a outra é incorreta (ou, adequada ou inadequada em relação à Constituição). Move-mo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão, os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer na e pela interpretação. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de “raciocínio subsuntivo” ou “raciocínio dedutivo” nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto porque compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

Ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, para usar as palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo (é o que se pode denominar de o “como apofântico”). A expli-

tação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

### **3. O DIREITO DE OBTER RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS EM TEMPOS DE CRISE DO DIREITO: A NECESSÁRIA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

*Mutatis mutandis*, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma decisão). Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe, Vorgriff, Vorsicht*), no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam “mundos” estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (registre-se, texto é evento, texto é fato). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurte de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d’onde pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

Nessa perspectiva, é interessante analisar uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70054988266), que indeferiu o pedido do Ministério Público para que um paciente, com o pé necrosado, passasse por uma intervenção cirúrgica, já que o mesmo se negava a sofrer a amputação do membro por preferir uma morte digna. Na época em que tomou a decisão, o paciente se encontrava em pleno gozo de suas faculdades mentais, conforme laudo psiquiátrico, tendo, portanto, condições de tomar uma decisão a respeito de seu tratamento médico. É verdade que o direito à vida, garantido no art. 5º, *caput*, CF, e o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da CF, não implicam um dever que obriga a pessoa a viver. O direito à vida, do qual a Constituição trata, fala de uma vida com razoável qualidade. É verdade que a vida é um bem indisponível e que, portanto, a prática da eutanásia é considerada ilegal pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a prática da ortotanásia não é considerada ilegal, permitindo que o indivíduo

decida sobre o tratamento médico que deseja seguir. A interferência do Estado, neste caso, seria considerada arbitrária, pois comprometeria as liberdades individuais protegidas pela Constituição. E foi nesse sentido que o Tribunal se manifestou, ao entender, corretamente, que o paciente não estava obrigado a passar pela intervenção cirúrgica.

O MP havia justificado seus argumentos em nome da prevalência do direito à vida, no sentido de que o paciente deveria ser obrigado a passar pela cirurgia por meio da intervenção do Estado. É importante ressaltar que, num Estado Democrático de Direito, o Estado não está autorizado a interferir em todo tipo de decisão tomada pelo indivíduo. Por mais “bem intencionada” que fosse a ação do MP – e todos nós conhecemos muitas catástrofes na história movidas por “boas intenções” –, exigir uma intervenção indevida do Estado nas liberdades individuais é sempre uma pequena abertura para o autoritarismo. Se o Estado se coloca, dentro das limitações constitucionais, como garantidor e protetor da vida; por outro lado, esta atuação garantidora e protetora da vida não pode ser confundida com uma imposição da prática da distanásia. Quando um indivíduo, maior de idade e em pleno gozo de suas faculdades mentais, deseja a morte no seu devido tempo (morte natural), para não prolongar seu sofrimento por meio de tratamentos inúteis, que apenas aumentariam o peso de sua dor, o Estado não pode obrigá-lo a se tratar.

Os desembargadores apresentaram uma resposta constitucionalmente adequada neste caso, ao reconhecerem que não existe a obrigação constitucional de viver e que, portanto, a intervenção do Estado causaria um constrangimento ilegal na vida do paciente. Nesse sentido, de acordo com o voto do relator:

*Resumindo, o direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. Em relação ao seu titular, o direito à vida não é absoluto. Noutras palavras, não existe a obrigação constitucional de viver, haja vista que, por exemplo, o Código Penal não criminaliza a tentativa de suicídio. Ninguém pode ser processado criminalmente por tentar suicídio.*

*Nessa ordem de ideias, a Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter à cirurgia ou tratamento.*

As “boas intenções” do MP contrariavam a Constituição e poderiam causar uma grave violação das liberdades individuais garantidas pelo Estado de Direito. Numa democracia, o poder público somente está autorizado a realizar uma intervenção na vida de alguém nos momentos em que a Constituição autoriza. É verdade que posições arbitrárias são tentadoras e, muitas vezes, oferecem soluções facilitadoras que conquistam rapidamente a simpatia da opinião pública. No entanto, quando o Poder Judiciário se afasta de escolhas meramente ideológicas para decidir pautado pela Constituição, o direito tem sua autonomia reforçada frente aos constantes ataques da moralidade privada.

Se é verdade que as explicações decorrentes de nosso modo prático de ser-no-mundo (o-desde-já-sempre-compreendido) resolvem-se no plano ôntico (na linguagem da filosofia da consciência, em um raciocínio causal-explicativo), também é verdadeiro afirmar que esse “modo ôntico” permanecerá e será aceito como tal se – e somente se – a sua objetivação não causar estranheza no plano daquilo que se pode entender como tradição autêntica. Nesse caso, devidamente conformados os horizontes de sentido, a interpretação “desaparece”. Em síntese, é quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo.

Mas, se essa fusão de horizontes se mostrar mal sucedida, ocorrerá a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos. Trata-se do acontecer da compreensão, pelo qual o intérprete necessita ir além da objetivação. Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica do direito, em que os juristas introduzem o mundo prático sequestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes.

Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Uma decisão adequada à Constituição (resposta hermeneuticamente correta) será fruto de uma reconstrução histórica do direito, com respeito à coerência e à integridade (exame da integridade legislativa e respeito à integridade das decisões anteriores). Não haverá grau zero de sentido. A resposta adequada à Constituição deverá estar fundada em argumentos de princípio e não

em argumentos de política (teleológicos), como bem ensina Dworkin. Do mesmo modo, a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nesta quadra da história, evitando-se os “predadores” externos, como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da política e da economia, assim como os “predadores” internos, como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda espécie.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, parece-nos indispensável dentre as discussões sobre os desafios dos direitos humanos no séc. XXI estar presente uma reflexão a respeito da função e dos limites da atividade jurisdicional, uma vez que estes se encontrarão em juízo e, neste momento, há que se ter uma decisão jurídica devidamente fundamentada.

Na realidade brasileira de colonização do mundo da vida pelo Judiciário é importante entender a diferença entre ativismo e a judicialização da política. Para além de uma criteriologia quantitativa, o primeiro se caracteriza por uma atuação judicial que extrapola os limites jurídicos (Constituição, Princípios Jurídicos, Leis, Jurisprudência etc.) e/ou invade a competência dos demais poderes; já o segundo é uma contingência histórica que ocorre de tempos em tempos, sobretudo, em países periféricos de modernidade tardia que possuem uma constituição analítica como o Brasil.

Diante deste maior espectro de atuação do Judiciário, a questão que se coloca é como as decisões são construídas. Por isso, há que se ter cautela com recepções teóricas (equivocadas) que não se coadunam com a realidade brasileira ou que “escondem” posturas subjetivistas, casos da Jurisprudência dos Valores ou da Ponderação Alexyana, ou sua versão tupiniquim. Nesta quadra da história temos que dar um salto da subjetividade para a intersubjetividade, dos donos dos sentidos aos sentidos que se dão num *a priori* compartilhado. Deste modo, em vez de discricionariedade das escolhas, teremos decisões que se acomodam numa construção democrática do direito.

Assim, partindo do dever fundamental de justificar/motivar as decisões, chegamos ao direito fundamental a obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição. Mais do que isso: a obtenção de respostas adequadas à Constituição implica o respeito à democracia. Trata-se de um direito (humano) fundamental do cidadão. Ou seja, o cidadão tem o direito a uma *accountability hermenêutica*. Há uma ligação umbilical

entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementaridade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. ❖

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: CEC, 1989.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993-2002.

CATTONI, Marcelo. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

# Direitos Humanos e Direito de Família: Em Busca de uma Magistratura Feminista

**Maria Aglaé Tedesco Vilaro**

*Juíza de Direito e Doutora em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva em associação da UERJ, UFRJ, UFF e FIOCRUZ.*

Um dos *locus* de contínua discriminação de gênero encontra-se na Vara de Família, na medida em que leis protetivas contemporâneas publicadas são aplicadas de forma restritiva e outras tantas, de cunho discriminatório e sancionatório, são aplicadas com o imperativo da força.

A Vara de Família possui competência para instruir e julgar os feitos que ameacem ou estejam causando lesão aos direitos que envolvem a família. A legislação brasileira protege desde o nascituro, passando pela criança, o adolescente, a mãe, o pai e chegando aos idosos. O propósito é de assegurar a ampla proteção aos direitos fundamentais.

No Brasil, a mulher não pode abortar, exceto se a gravidez ocorreu em razão de violência contra sua liberdade sexual ou se sua vida está em risco. Os critérios para a legislação penal não são discutidos pela sociedade, que deixa de considerar o grande número de mulheres pobres que praticam o aborto clandestino sem qualquer respaldo do sistema de saúde pública e terminam por morrer em decorrência de procedimentos mal feitos (Diniz, 2007).

Sem escolha legal, a mulher procura solucionar o seu problema clandestinamente, ou poderá fazer uso da legislação vigente, que concede ampla proteção social e exige efetiva participação do pai da criança. Assim começa o *locus* da discriminação aos seus direitos.

As decisões judiciais tomam por base as leis, pois seguimos o sistema legal romano-germânico. Contudo, a atuação do Poder Judiciário vem nos aproximando do direito baseado na jurisprudência, ampliando a responsabilidade na aplicação do direito.

A referência legislativa é a Constituição Federal, como também as leis ordinárias e as convenções internacionais ratificadas pelo país. Essas convenções são equivalentes a emenda constitucional quando tratarem de direitos humanos e forem aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos. Entretanto, as Convenções internacionais não são costumeiramente aplicadas para respaldar as decisões judiciais.

A pesquisa realizada por Cunha (2005), "Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: concepção, aplicação e formação", configura que os magistrados brasileiros, apesar de apresentarem concepções avançadas sobre direitos humanos, não reconhecem a aplicabilidade do sistema internacional de proteção por desconhecimento do tema e necessitam ampliar sua formação.

Os casos judiciais nas Varas de Família envolvem direitos humanos como direito a alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, além de assistência especial à maternidade e infância, expressa previsão do artigo 25 da "Declaração Universal dos Direitos Humanos". Da mesma forma, está assegurada a não discriminação em todos os sentidos, e, à família, é concedida toda proteção da sociedade e do Estado (artigos 7º, 12, 16). A Constituição Federal concede à família especial proteção do Estado com absoluta prioridade da criança, do adolescente e do jovem quanto a serem assegurados todos os seus direitos fundamentais.

Difícilmente se encontra a efetivação desses direitos no caso concreto, com base na mencionada Declaração. Há outras convenções que trazem proteção específica a determinados direitos e que fundamentariam decisões judiciais com riqueza legislativa, raramente utilizadas pelos juízes.

A "Convenção sobre os Direitos da Criança", ratificada pelo Brasil em 1990, determina que os tribunais considerem o interesse maior da criança nas ações relativas a estas (artigo 3º). Para tal, devem ser adotadas as medidas administrativas, legislativas ou outras para a implementação dos direitos reconhecidos, utilizando ao máximo os recursos disponíveis. Essa Convenção prevê o respeito ao direito da criança a preservar sua identidade, a nacionalidade, o nome, as relações familiares, sem interferências ilícitas (artigo 8º). Há mais de 5 milhões de criança sem o registro paterno no Brasil (Thurler, 2009). Nesse mesmo artigo da Declaração, há previsão de que, quando a criança estiver privada de algum dos elementos que con-

figuram sua identidade, caberá a proteção adequada para restabelecer rapidamente sua identidade. Observe-se constar expressamente o advérbio rapidamente, portanto, deve ser feito da forma mais célere possível.

O reconhecimento civil da paternidade da filha ou filho pela mulher somente pode ocorrer quando há casamento. Não havendo casamento civil, a lei não obriga o pai a registrar a criança. Mesmo que a mulher declare expressamente quem é o pai, o oficial do cartório não fará o registro, apenas fará uma notificação para o pai se manifestar sobre a paternidade, de acordo com sua vontade. No dizer de Thurler, a mulher-mãe mente.

No período da primeira infância, ocorre o desenvolvimento do apego, quando o bebê mantém proximidade com alguém identificado que o protege e traz conforto. Na maioria dos casos essa figura é a mãe. A teoria do apego, de John Bowlby, trata do comportamento estabelecido entre a criança e outro indivíduo para “permanecer num ponto de fácil acesso a um indivíduo familiar que se sabe estar pronto e desejando vir nos auxiliar numa emergência é, claramente, uma boa política de segurança, qualquer que seja nossa idade” (Bowlby, 1989).

Bowlby afirma que as crianças que possuem um relacionamento seguro com pai e com mãe tornam-se mais confiantes e competentes do que as que possuem tal vínculo apenas com um destes. E a criança irá desenvolver um modelo de apego com seu pai de acordo como seu pai a trata. O ponto central é a “provisão, por ambos os pais, de uma base segura a partir da qual uma criança ou um adolescente podem explorar o mundo exterior e a ele retornar certos de que serão bem-vindos, nutridos física e emocionalmente, confortados se houver um sofrimento e encorajados se estiverem amedrontados.” Por isso é necessária essa compreensão intuitiva e respeito ao comportamento de apego da criança com a conscientização da importância do reconhecimento da paternidade desde o início.

Diante da falta de credibilidade para o registro civil no cartório, a mulher-mãe poderá ingressar com ação de investigação de paternidade. O momento é difícil, pois a criança acabou de nascer e as ocupações com o novo bebê são inúmeras. Certamente o corredor do Fórum não é o lugar ideal para a mãe e o bebê estarem nos primeiros meses de vida.

Nenhuma das duas possibilidades – notificação do cartório e ação de investigação de paternidade - atende à determinação da Convenção quanto ao interesse maior da criança e quanto à proteção adequada para

restabelecer rapidamente sua identidade. Prevalece a proteção ao maior interesse do indicado pai ao invés da regra constitucional. São as estruturas de dominação, que, segundo Bourdieu (2003), “são *produto de um trabalho incessante (e, como tal, histórico) de reprodução*, para o qual contribuem agentes específicos (entre os quais os homens, com suas armas como a violência física e a violência simbólica) e instituições, famílias, Igreja, Escola, Estado”.

Outra norma da Convenção (artigo 18) é descumprida quanto ao princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Nenhuma responsabilidade é cobrada do indicado pai sob o argumento de que a indicação pode não ser verdadeira, embora quem a tenha feito seja a pessoa que melhor saberia. Nenhuma tutela antecipada é providenciada para salvaguardar os direitos previstos internacionalmente, aliás, sequer há pedido de tutela provisória para esta situação.

A "Convenção sobre Direitos das Criança"s obriga aos Estados Partes adotarem medidas para que os pais propiciem as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança. Deve haver apoio aos pais e todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos pais devem ser providenciadas pelos Estados Partes. É o que consta expressamente na Convenção. Todavia, o que se observa nas Varas de Família são as mães sacrificadas pelo sustento de seus filhos sem qualquer ajuda do pai ou do Estado. A responsabilidade passa a ser exclusiva da mulher, pois as ações de execução de pensão alimentícia têm, majoritariamente, o homem-pai como executado. Se o pai não paga a pensão, não aparece para ser citado, não tem bens para penhorar ou não possui vínculo empregatício para desconto em folha, a responsabilidade fica totalmente para a mulher.

Nem mesmo a lei de assistência social, que tem como objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, dentre outros, inclui a garantia de pagamento de algum valor para as crianças sem auxílio paterno. Essa forma de subrogação ocorre em diversos países da Europa, como em Portugal, que possui previsão legal para o Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores. O Fundo substitui a mãe na tentativa de obter o pagamento da pensão, garantindo à criança, até os 18 anos, o atendimento material necessário. Essa obrigação é decorrente

do cumprimento de normas internacionais de direitos humanos e seria perfeitamente adequada ao Brasil. A mulher-mãe receberia o amparo do Estado ao invés de ter que suportar sozinho tamanho encargo. A responsabilidade do pai seria cobrada pelo Estado, que possui mais recursos e maior força para isso. A Declaração seria cumprida. Impor ao Estado essa obrigação está fundamentado na Declaração sobre Direitos das Crianças.

A "Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher" ratificada pelo Brasil em 1984, contribui para fundamentação do exposto. Há notória discriminação contra a mulher em casos de filiação e suas responsabilidades, o que fere portanto a igualdade entre homem e mulher, prejudicando a mulher em seus direitos e liberdades fundamentais em diversos campos, como o econômico e o social. Esta convenção condena qualquer forma de discriminação e determina aos tribunais nacionais competentes a proteção efetiva da mulher em todos os casos. Essa norma deixa de ser cumprida quando se percebe o imenso desequilíbrio nessa relação. Não podemos acreditar que é mera coincidência o fato de que quase a totalidade das ações de execução de alimentos são propostas em face do homem. O número é muito expressivo.

Ainda nessa Convenção, o artigo 12 garante assistência apropriada à mulher gestante, assegurando todo atendimento e uma nutrição adequada durante a gravidez e lactância. Eis outro aspecto discriminatório no *locus* da Vara de Família.

A lei de alimentos gravídicos, publicada em 2008, portanto em vigor há muitos anos, é pouco utilizada. As ações com pedido de fixação de alimentos para a mulher gestante são em número reduzido e, quando são propostas, enfrentam todo tipo de exigência por parte dos juízes.

A lei afirma que os alimentos serão fixados quando o juiz esteja convencido da existência de indícios da paternidade. A palavra da mulher ao indicar o pai não convence aos juízes e juízas. Alguns pensam em exigir o exame de DNA ainda em gestação, argumentando o baixo risco de perda do feto. Exigência que fere o princípio bioético da não maleficência, obrigação que todas as pessoas têm de não causar mal a outrem. Exigir produção probatória por parte da mulher somente reforça a discriminação. A pergunta a ser feita é porque se entende que a mulher estaria mentindo quando na imensa maioria dos casos as ações judiciais de investigação de paternidade são julgadas procedentes. O índice de improcedência é

muito baixo, mas os juízes insistem em exigir algum suporte a mais, para formar sua convicção sumária, além da palavra da mulher. Presume-se, de forma equivocada, a má-fé, deixando de considerar que o prejuízo maior sempre será da criança. A proteção ampliada ao homem, para que não pague pensão por alguns meses, sob a justificativa de que pode ser indevida, se sobrepõe às normas de direitos humanos em favor da criança e da igualdade de gêneros. Chega-se a sugerir a devolução de prestação alimentícia provisória para a hipótese do exame de DNA negativo, o que destoa da lei e do escopo da pensão alimentícia.

Observe-se que a vinda do exame de DNA, que acenou como a solução de todos os problemas de paternidade, na verdade veio corroborar a discriminação contra a mulher. O homem chega a admitir relação sexual com a mulher, normalmente uma única, mas exige o exame de DNA para o reconhecimento. Raramente há o reconhecimento imediato para posterior exame ou mesmo sem a necessidade deste. Segundo Foucault (2011), um sistema em partida dupla, “o poder judiciário do médico, ou o poder médico do juiz”, no qual os médicos reivindicam o exercício do seu saber dentro da instituição judiciária e os juízes reivindicam a medicalização de sua profissão. Um “poder de normalização”, uma “instância de controle do anormal”.

A crença na ausência de veracidade da palavra da mulher é de tal monta que nem mesmo os advogados e defensores públicos pedem a tutela provisória para registro da criança em nome do indicado pai. É o que demonstra Bourdieu (2003): “Os dominados aplicam categorias construídas do ponto de vista dos dominantes às relações de dominação, fazendo-as assim ser vistas como naturais”.

Caso a tutela antecipada fosse requerida, caberia a imediata concessão, afinal, a Convenção determina o restabelecimento da identidade rapidamente. Não há motivo para não se conceder quando a mãe diz quem é o pai e quando é reversível o reconhecimento. As responsabilidades paternas deveriam ser imediatamente cobradas, dividindo o trabalho e cuidados com a mãe. O argumento de que um nome de pai não confirmado posteriormente traria prejuízo maior para a criança é frágil. Primeiro por ocorrer em percentual reduzido, segundo porque a necessidade de alimentação e cuidado é imediata e, mesmo sendo oferecidos por um homem que depois se confirma não ser o pai biológico, não trará maior

prejuízo para a criança do que a ausência da participação paterna. O dano maior vem da omissão, seja do pai biológico ou do Estado.

Uma terceira Convenção merece destaque. O "Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", ratificado pelo Brasil em 1992, no seu artigo 10 estabelece que devam ser adotadas medidas especiais de proteção e de assistência para todas as crianças e adolescentes e sem qualquer distinção por motivo de filiação ou qualquer outra. Normatiza que a família tem as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente no período de criação e educação dos filhos. Este artigo também prevê expressamente a proteção especial à gestante. Portanto, concede suporte para concessão de alimentos à gestante e para imediata identificação da criança com o nome paterno indicado pela mãe.

A "Convenção Americana de Direitos Humanos", de 1969, e ratificada em 1992 pelo Brasil, mais conhecida como o "Pacto de San José da Costa Rica", determina a celeridade na proteção judicial (artigo 25). Confere o direito a toda pessoa a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes para proteção contra atos que violem seus direitos fundamentais.

Especialmente por se tratar de questões de relações de família, cabe a utilização efetiva e rápida das tutelas provisórias, seja de urgência, cautelar ou antecipada. A necessidade de alimentos é urgente, tanto que se dá liminarmente nas ações de alimentos sem oitiva do réu ou do Ministério Público; portanto, há evidente perigo de dano. Esse perigo não é considerado como suficiente para justificar a concessão da tutela antecipada em razão de haver uma mulher-mãe para suprir as necessidades.

Os juízes se preocupam em não produzir decisões erradas e por isso muitas vezes deixam de conceder uma proteção imediata. Todavia, não se pode esquecer que os erros também ocorrem por omissão e uma decisão tardia poderá causar maior prejuízo. A análise deve levar em consideração qual o direito fundamental a ser protegido. O interesse que prevalecer deve ser protegido de forma rápida. Na Vara de Família, o espaço de um ano pode representar uma perda irreparável para uma criança ou uma sobrecarga extensa sobre a mãe. Os direitos da criança, mais uma vez, são expressamente reconhecidos pelo Pacto de San José, cujo artigo 19 concede o direito à todas as medidas de proteção que a criança requer, como obrigação da família, da sociedade e do Estado.

Proteger a criança, portanto, é o aspecto de maior relevância e o Judiciário deve ampliar sua atuação.

Outro aspecto a ser abordado diz respeito às leis de guarda compartilhada e alienação parental. Ambas tratam de direitos humanos, pois a família é o núcleo fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

A "Convenção de Direitos das Crianças" prevê o direito ao contato da criança com ambos os pais (artigos 9 e 10), o que é saudável para o pleno desenvolvimento da criança. Mas se estudarmos historicamente a situação social dos cuidados depreenderemos que a mulher foi educada para ser cuidadora e o homem o provedor, como se isso fosse natural.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) propõe aos Estados-membros que desenvolvam a assistência familiar e à infância para promover a igualdade de tratamento para homens e mulheres trabalhadores com responsabilidades familiares. A Convenção 156, junto à Recomendação 165 da OIT, de 1981, não foi ratificada pelo Brasil até o momento e prevê normas com base na "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher", com o propósito de conscientização quanto à necessária mudança no papel tradicional do homem e da mulher na sociedade e na família para alcançar a igualdade, conferindo o ingresso, a participação ou progressão em atividade econômica em razão da restrição de possibilidades por dever de cuidado ou apoio familiar.

A "Convenção Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares" expõe uma realidade de acúmulo de funções pelas mulheres com relação ao trabalho e cuidados domésticos e familiares. Esta representação é trazida até os dias de hoje, mas passa-se a exigir que a mulher-mãe divida os deveres de cuidado dos filhos com o pai das crianças, o que gera forte resistência. O desejo do pai de participar da criação e cuidados do filho ainda não está plenamente absorvido pela mulher. A luta para a igualdade necessariamente passa por essa questão, mas a evolução para esse patamar exige mais do que leis, exige conscientização de que isso é possível e que a evolução ocorrerá em todos os aspectos. No momento em que a igualdade proposta se inicia na parte em que a sociedade apresentou à mulher como sendo a que lhe cabe, mas não é acompanhada da parte do registro civil e da responsabilidade financeira, há uma forte resistência da mulher-mãe.

Como se vê, o comportamento misógino prejudica, além das mulheres, os próprios homens, pois muitos magistrados não concedem direito de convívio liminarmente ao pai que ingressa com ação de regulamentação de convívio, mesmo provada a paternidade. O pai sofre com o afastamento de sua criança pelos mesmos motivos que a mãe sofre ao não poder registrar o nome do pai e dividir responsabilidades. Os reflexos se estendem aos pais que desejam o exercício pleno de sua paternidade, como veremos.

Duas leis sobre guarda compartilhada foram publicadas em menos de sete anos, uma em 2008 e a segunda em 2014. Esse excesso diz sobre a necessidade de se impor uma moralidade diferenciada em intensa divergência ao padrão moral aceito. Conforme Engelhardt (2008), “quanto mais essas comunidades diferirem em relação aos cânones aceitos de probidade moral, mais explícitas leis e regulamentos burocráticos precisarão ser produzidos”.

No exame da lei mais recente, que modifica artigo do Código Civil para constar que compete a ambos os pais conceder aos filhos ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município, pode-se acreditar na intenção dessa norma em proteger o convívio entre pais e filhos ou pensar nos casos concretos quando a mãe muitas vezes é impedida de seguir a sua vida profissional ou amorosa ao ter uma oferta de emprego em outra cidade ou se casar com alguém que mora em outra cidade ou, ainda, voltar para sua terra natal, onde está sua família e que poderá lhe dar maior suporte. Enquanto isso, quando o homem-pai recebe uma oferta de trabalho em outra cidade ou outro país, primeiro aceita e depois requer a mudança das regras de convívio em ação judicial, como visto em diversos casos.

Desde o Código Civil de 1916 existe uma norma que deixa clara a continuidade do exercício do poder familiar por ambos os pais, em caso de separação. Esta norma é repetida no Código Civil de 2002, assegurando que somente há alteração nas relações entre pais e filhos em decorrência de separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, com relação ao tempo de companhia entre pais e filhos. Portanto, nada mais pode ser alterado com relação ao poder familiar. Esta regra sempre existiu, mas o pensamento recente era de que a mãe que residia com os filhos possuía o poder absoluto sobre as crianças e o pai era mero visitante. Não seria

necessário publicar duas novas leis se a norma do Código Civil tivesse sido absorvida pela sociedade e pela magistratura. Como isso não ocorreu, serão necessárias inúmeras leis com o inglório propósito de mudar a conscientização social.

Nesse mesmo sentido, há a lei de alienação parental, que é utilizada para impor à mulher-mãe uma espécie de ameaça a sua maternidade. A lei, de 2010, prevê sanções agressivas para debelar a alienação, como multa, inversão da guarda e até suspensão da autoridade parental. Mais uma vez, a legislação busca a sanção como solução para um problema de ordem diferente da jurídica. A concepção cultivada pela sociedade da mulher como cuidadora representa uma ameaça e a punição a esta mãe é o caminho encontrado pelo legislador. Ato de alienação acontecem, mas a forma de tratá-los parece equivocada.

É necessária uma magistratura feminista para modificar este quadro. Aquela que protege os direitos da mulher em concepção profunda. Juízas e juizes comprometidos em aplicar a “Justiça realizada”, questionando os preconceitos, os interesses próprios, os prejulgamentos, no dizer de Sen (Sen 2012) e eliminando a discordância pela argumentação racional.

O direito de família deu grandes passos no sentido de entender que os conflitos familiares possuem um fundo social e psicológico forte. Atualmente há efetiva participação no processo judicial de outros profissionais, além do juiz e do advogado, como psicólogas, assistentes sociais, terapeutas de família, contribuindo para melhorar a vida de famílias em litígio.

A prática dos denominados atos de alienação não são gratuitos. Sua origem tem relação com a história vivenciada pela mulher, sua educação, sua compreensão sobre a criação de filhos. O aspecto psicológico deve ser tratado para melhor compreensão dos fatos, pela importância da participação paterna na criação dos filhos, para maior integração e envolvimento do pai na vida dos filhos, com efetiva participação na escola, que pode ser determinada pelo juiz com um simples ofício, mas que também virou norma legal na Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Inverter a guarda para uma criança efetivamente alienada representa punição maior para a criança e para a mãe. A solução será encontrada nos tratamentos e acompanhamentos biopsicossociais, com efeitos mais benéficos do que uma aplicação de multa. Assim se vai ao encontro da dignidade humana e não por imposição legislativa ou judicial. O juiz

deve atuar para encaminhar essas providências, mas jamais para punir a mãe ou a criança. Não é dever do juiz de Vara de Família penalizar, mas ajudar a família a se restabelecer com dignidade.

A "Declaração dos Direitos Humanos" reconhece o direito a todo ser humano em receber dos tribunais nacionais o remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais. Para atendermos a esta efetividade precisamos nos afastar do sentido punitivo que vige dentro das Varas de Família, com suas "penas perpétuas" para os comportamentos morais inadequados e as mudanças dos padrões reconhecidos. Mas isso é tema para outro artigo. ❖

## REFERÊNCIAS

Bourdieu, Pierre. **A Dominação Masculina**. RJ: Bertrand Brasil, 2003.

Bowlby, John. **Uma Base Segura**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

Cunha, José Ricardo. "Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro." **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, 2005: v. 2 n. 3. Publicado em <http://www.scielo.br>. Acessado em 14 de junho de 2016.

Diniz, Débora. "Aborto e Saúde Pública no Brasil." **Cad. Saúde Pública** v. 23 n. 9 (Fiocruz), 2007: editorial. Publicado em <http://www.scielo.br>. Acessado em 16/6/2016.

Foucault, Michel. **Os Anormais**. SP: Ed. Martins Fontes, 2011.

Guia prático do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, Portugal, 2014 - Disponível em <http://www.segsocial.pt>. Acessado em 16/6/2016.

H. Tristram Engelhardt, JR. **Fundamentos da Bioética**. SP: ed. Loyola, 2008.

Sen, Amartya. **A Ideia de Justiça**. SP: Companhia das Letras, 2012.

Thurler, Ana Liése. **Em nome da mãe: o não-reconhecimento paterno no Brasil**. DF: Mulheres, 2009.

# Drogas: Legalizar para Garantir Direitos Humanos Fundamentais

**Maria Lucia Karam**

*Juíza de Direito (aposentada), presidente da Associação dos Agentes da Lei contra a Proibição (LEAP BRASIL).*

A proibição e sua política de ‘guerra às drogas’, imposta nos dispositivos criminalizadores das convenções da Organização das Nações Unidas (ONU) e em leis internas dos mais diversos Estados nacionais, como a brasileira Lei 11.343/2006, é, hoje, uma das maiores fontes de violações a princípios assegurados em normas inscritas nas declarações internacionais de direitos humanos e nas constituições democráticas.

Os dispositivos criminalizadores que institucionalizam a proibição e sua política de ‘guerra às drogas’ partem de uma distinção feita entre substâncias psicoativas tornadas ilícitas (como a maconha, a cocaína, a heroína, etc.) e outras substâncias da mesma natureza que permanecem lícitas (como o álcool, o tabaco, a cafeína, etc.). Não há qualquer peculiaridade ou qualquer diferença relevante entre as selecionadas drogas tornadas ilícitas e as demais drogas que permanecem lícitas. Todas são substâncias que provocam alterações no psiquismo, podendo gerar dependência e causar doenças físicas e mentais. Todas são potencialmente perigosas e viciantes. Todas são drogas.

Tornando ilícitas algumas dessas drogas e mantendo outras na legalidade, as convenções internacionais e leis nacionais, como a brasileira Lei 11.343/2006, introduzem assim uma arbitrária diferenciação entre as condutas de produtores, comerciantes e consumidores de umas e outras substâncias: umas constituem crime e outras são perfeitamente lícitas; produtores, comerciantes e consumidores de certas drogas são ‘criminosos’, enquanto produtores, comerciantes e consumidores de outras drogas são perfeitamente respeitáveis, agindo em plena legalidade. Esse

tratamento diferenciado a condutas essencialmente iguais é inteiramente incompatível com o princípio da isonomia, que determina que todos são iguais perante a lei, não se podendo tratar desigualmente pessoas em igual situação.

Não bastasse essa manifesta violação à isonomia, tais convenções internacionais e leis nacionais criam crimes sem vítimas, ao proibir a mera posse das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas e sua negociação entre adultos, assim violando a exigência de ofensividade da conduta proibida, diretamente derivada da cláusula do devido processo legal em seu aspecto substantivo.

Em uma democracia, o Estado não está autorizado a intervir em condutas que não envolvem um risco concreto, direto e imediato para terceiros, não estando assim autorizado a criminalizar a posse para uso pessoal de drogas, que, equivalente a um mero perigo de autolesão, não afeta qualquer bem jurídico individualizável. Também não está o Estado autorizado a intervir quando o responsável pela conduta age de acordo com a vontade do titular do bem jurídico, não estando assim autorizado a criminalizar a venda ou qualquer outra forma de fornecimento de drogas para um adulto que quer adquiri-las, conduta que, tendo o consentimento do suposto ofendido, tampouco tem potencialidade para afetar concretamente qualquer bem jurídico individualizável.

Intervenções do Estado supostamente dirigidas à proteção de um direito contra a vontade do indivíduo que é seu titular contrariam a própria ideia de democracia, pois excluem a capacidade de escolha na qual esta ideia se baseia. Enquanto não atinja concreta, direta e imediatamente um direito alheio, o indivíduo é e deve ser livre para pensar, dizer e fazer o que bem quiser. Essa afirmação, que reproduz o conteúdo do princípio das liberdades iguais, é uma conquista histórica da humanidade, proclamada nos ideais das Revoluções Francesa e Americana do século XVIII.

Acresce que tais ilegítimas regras criminalizadoras ainda se mostram inadequadas para atingir o fim declarado a que se propõem, isto é, a eliminação ou pelo menos a redução da disponibilidade das substâncias proibidas, desde logo se revelando contrárias ao postulado da proporcionalidade, já na consideração do primeiro de seus requisitos – a adequação, a exigir que quaisquer medidas interventivas do Estado que

restringam a liberdade dos indivíduos se mostrem aptas a atingir o objetivo pretendido, postulado esse também diretamente derivado da cláusula do devido processo legal.

O fracasso da proibição na consecução daquele declarado objetivo é evidente. Passados 100 anos de proibição (a proibição, a nível global, data do início do século XX), com seus mais de 40 anos de 'guerra às drogas' (a 'guerra às drogas' foi declarada pelo ex-presidente norte-americano Richard Nixon em 1971, logo se espalhando pelo mundo), não houve nenhuma redução significativa na disponibilidade das substâncias proibidas. Ao contrário, as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas foram se tornando mais baratas, mais potentes, mais diversificadas e muito mais acessíveis do que eram antes de serem proibidas e de seus produtores, comerciantes e consumidores serem combatidos como 'inimigos'.

A própria Organização das Nações Unidas (ONU) que, em 1998, tomada por delirante euforia, prometia um mundo sem drogas em dez anos<sup>1</sup>, posteriormente viu-se constrangida a reconhecer a expansão e diversificação do mercado das drogas ilícitas. Em relatório para a 59ª Sessão da Comissão de Drogas Narcóticas (CND) de março de 2016, o Secretariado de seu Escritório para Drogas e Crimes (UNODC) estimou que de 162 milhões a 329 milhões de pessoas entre 15 e 64 anos teriam usado uma substância proibida pelo menos uma vez no ano de 2013. Este e relatórios anteriores, sempre destacando o fato de a maconha continuar sendo a droga ilícita mais utilizada, revelam ainda o constante crescimento no número de novas substâncias psicoativas em geral conhecidas como '*legal highs*', isto é, substâncias que vêm sendo introduzidas no mercado mundial em tempos recentes, não incluídas nas listas das convenções internacionais (e dificilmente incluíveis, especialmente devido à velocidade com que surgem e têm alterada sua composição), as quais, em sua maioria, como os canabinoides sintéticos, imitam os efeitos das drogas proibidas catalogadas naquelas listas. Em 2009, o número dessas substâncias quimicamente modificadas identificadas pelo UNODC era de 166; em dezembro de 2014, esse número chegava a 541<sup>2</sup>.

1 Na Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas (UNGASS) de 1988 foi lançado o *slogan* que se tornou famoso "A Drug-Free World – We Can Do It", transmitindo a anunciada intenção de erradicar todas as drogas ilícitas "da maconha ao ópio e à coca" até 2008.

2 Relatórios do Secretariado do UNODC para as 59ª, 57ª e 56ª Sessões da Comissão de Drogas Narcóticas (CND): "*World situation with regard to drug abuse*". <https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/session/cnd-documents-index.html>.

As apreensões realizadas em operações policiais, que se faziam em quilos e, agora, se fazem em toneladas, além de revelarem a expansão da produção e do comércio, ao reduzirem momentaneamente a oferta, acabam por proporcionar uma imediata supervalorização das mercadorias, assim criando maiores incentivos econômicos e financeiros para o prosseguimento daquelas atividades econômicas ilegais.

Eventuais êxitos repressivos muitas vezes também acabam por incentivar produtores, comerciantes e consumidores a buscar outras substâncias, podendo conduzir – como, de fato, têm conduzido – à chegada ao mercado ilegal de novos produtos mais lucrativos e/ou mais potentes em seus efeitos primários (efeitos derivados da própria natureza da substância). Esse é o caso do crack. Mas, não apenas. Muito antes, o ópio que costumava ser fumado ou bebido acabou sendo substituído pela heroína injetável. Durante a proibição do álcool nos Estados Unidos da América, no período de 1920 a 1933, o comércio de cerveja e vinho perdeu espaço para vendas de outras bebidas alcoólicas mais fortes, mais concentradas, lucrativas e perigosas, como uísque e gin.

O fracasso da proibição, além de ser evidente, seria facilmente previsível. Drogas são usadas desde as origens da história da humanidade. Milhões de pessoas em todo o mundo fizeram e fazem uso delas. A realidade tem mostrado que, por maior que seja a repressão, esse quadro não muda: sempre há e haverá quem queira usar essas substâncias. E havendo quem queira comprar, sempre haverá pessoas querendo correr o risco de produzir e vender. Os empresários e empregados das empresas produtoras e distribuidoras das substâncias proibidas, quando são mortos ou presos, logo são substituídos por outros igualmente desejosos de acumular capital ou necessitados de trabalho. Essa é uma lei da economia: onde houver demanda, sempre haverá oferta. As artificiais leis penais não conseguem revogar as naturais leis da economia.

Entregando o próspero e permanente mercado das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas a empreendedores dispostos a agir na ilegalidade, a política proibicionista naturalmente impulsiona a expansão de facções, gangues, cartéis, máfias e outros grupos clandestinos.

Matéria especial publicada no jornal O Estado de São Paulo cita investigações do Ministério Público do estado de São Paulo, segundo as quais o Primeiro Comando da Capital (PCC) arrecadaria 200 milhões de reais por ano, sendo mais de 80% de tais rendimentos proporcionados pelo

‘tráfico’ de drogas, faturamento esse que teria praticamente dobrado em uma década: há dez anos, a arrecadação anual do PCC era estimada em aproximadamente 120 milhões de reais<sup>3</sup>.

O mesmo se dá em outras partes do mundo. O UNODC estima que, no Afeganistão, o Taliban arrecadaria cerca de 200 milhões de dólares por ano no mercado do ópio, especialmente através da cobrança de percentual dos cultivadores, para facilitar ou tolerar suas atividades<sup>4</sup>.

Foi exatamente o que aconteceu nos Estados Unidos da América, quando da proibição do álcool. Foi a demanda em grande escala por aquela droga então ilícita e o aproveitamento da oportunidade econômica criada com o mercado ilegal que propiciaram a expansão da máfia norte-americana no mencionado período de 1920 a 1933.

Criminalizam-se a produção, o comércio e o consumo de arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas para ter como resultado o fortalecimento de grupos criminalizados. Difícil encontrar maior irracionalidade e mais evidente desconformidade da opção criminalizadora com a proporcionalidade que há de ser exigida de atos estatais.

Sob qualquer ângulo, a proibição é, portanto, uma política falida. Quando uma política falhou tão dramaticamente por tanto tempo, não parece uma atitude muito inteligente continuar a insistir nessa mesma política. Tal insistência faz lembrar o conhecido aforismo que define insanidade como fazer a mesma coisa repetidamente e esperar diferentes resultados<sup>5</sup>.

Mas, a proibição não é apenas uma política falida. Mais do que a inaptidão para atingir o declarado objetivo de eliminar ou pelo menos reduzir a circulação das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas, a proibição acrescenta danos muito mais graves aos riscos e aos danos que podem ser causados pelas drogas em si mesmas.

O mais evidente e dramático desses danos é a violência. Não são as drogas que causam violência. O que causa violência é a proibição. A produção e o comércio de drogas não são atividades violentas em si mesmas.

---

3 Matéria especial do jornal **O Estado de São Paulo**, publicada sob o título “Domínios do crime: 10 anos dos ataques do PCC” (<http://infograficos.estadao.com.br/.../cid.../dominios-do-crime/>).

4 Documento do UNODC. “Contribution of the Executive Director of the United Nations Office on Drugs and Crime to the special session of the General Assembly on the world drug problem to be held in 2016”. <https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/session/cnd-documents-index.html>.

5 Embora tal definição de insanidade seja frequentemente atribuída a Albert Einstein, não é certo que tenha sido efetivamente ele seu autor.

É sim o fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminalizadas, simultaneamente trazendo a violência como um subproduto de suas atividades econômicas. Quando o mercado é legalizado, não há violência. Não há pessoas fortemente armadas, trocando tiros nas ruas, junto às fábricas de cerveja, ou junto aos postos de venda dessa e outras bebidas. Mas, isso já aconteceu. Foi nos Estados Unidos da América, entre 1920 e 1933, quando lá existiu a proibição do álcool. Naquela época, Al Capone e outros *gangsters* estavam nas ruas trocando tiros.

Hoje, não há violência na produção e no comércio do álcool. Por que seria diferente na produção e no comércio de maconha ou de cocaína? A resposta é óbvia: a diferença está na proibição. Só existem armas e violência na produção e no comércio de maconha, de cocaína e das demais drogas tornadas ilícitas porque o mercado é ilegal.

As convenções internacionais e leis nacionais que discriminariamente proíbem condutas de produtores, comerciantes e consumidores das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas ilegitimamente criam ‘crimes sem vítimas’, mas a proibição e sua guerra, como quaisquer outras guerras, são letais. A ‘guerra às drogas’ mata muito mais do que as drogas.

No México, a partir de dezembro de 2006, a ‘guerra às drogas’ foi intensificada, inclusive com a utilização das Forças Armadas na repressão aos chamados ‘cartéis’. Desde então, as estimativas são de mais de 70.000 mortes relacionadas à proibição<sup>6</sup>. A taxa de homicídios dolosos no México no período de 2000 a 2006 se mantinha em torno de 9 a 10 homicídios por cem mil habitantes. Em 2009 chegou a 17 e em 2011 a 22,8 homicídios por cem mil habitantes<sup>7</sup>.

No Brasil, a taxa de homicídios é ainda superior à do México – aproximadamente 26 homicídios por cem mil habitantes<sup>8</sup>. Grande parte desses homicídios está relacionada aos conflitos estabelecidos nas disputas pelo mercado posto na ilegalidade. Outra grande parte desses homicídios está relacionada à nociva e sanguinária política baseada na guerra.

Produzindo demasiada violência e demasiadas mortes, a ‘guerra às drogas’ traz ainda de volta ao cenário latino-americano a cruel e trágica

---

6 Veja-se matéria do **The Observer** (08/08/2010), quando as mortes no México ainda estavam no patamar de 28.000. No início de 2012, o patamar subira para 50.000 mortes: **The Washington Post** (02/01/2012). Em 2013, já se falava em 70.000 mortes: **International Herald Tribune** (08/03/2013). A precariedade das informações conduz a que esses números se refiram a estimativas, podendo, na realidade, ser ainda maior o número de mortes.

7 Fonte: UNODC.

8 Fonte: Instituto Sangari.

prática corrente nas ditaduras do século XX, consistente no desaparecimento forçado de pessoas. Há muitas pessoas desaparecidas no Brasil, seja pela ação das forças repressivas, seja pela ação dos chamados ‘traficantes’. No México, estima-se que 25.000 pessoas desapareceram entre 2006 e 2012, em meio à versão mexicana da mesma sanguinária ‘guerra às drogas’.

De um lado, policiais são autorizados, ensinados, adestrados e estimulados, formal ou informalmente, a praticar a violência contra os ‘inimigos’ personificados nos ‘traficantes’. De fato, quem atua em uma guerra, quem é encarregado de ‘combater’ o ‘inimigo’, deve eliminá-lo. Jogados no *front* dessa sanguinária guerra, policiais matam, mas também têm seu sangue derramado. Do outro lado, os ditos ‘inimigos’ desempenham esse papel que lhes foi reservado. Também são ensinados, adestrados e estimulados a serem cruéis. Empunhando metralhadoras, fuzis, granadas e outros instrumentos mortíferos disponibilizados pela guerra incentivadora da corrida armamentista, matam e morrem, envolvidos pela violência causada pela ilegalidade imposta ao mercado onde atuam.

Como afirma o Inspetor Francisco Chao, integrante da polícia civil do estado do Rio de Janeiro e porta-voz da LEAP: *“A guerra, ao contrário do que mostram os filmes, não é heroica. Ela é suja. Ela fede. Eu participei de um filme. Participei de uma cena, que retratava a morte do herói do filme. A cena foi muito real, muito bem feita. Foi filmada em uma favela. Mas, ao final da cena, fiquei com a sensação de que faltava alguma coisa. Faltava. O sangue cenográfico não fede. O sangue de verdade tem um cheiro muito forte. Dentre as inúmeras razões por que sou a favor do fim do proibicionismo, é que eu estou cansado dessa guerra. Eu gostaria muito que essa insanidade, que essa guerra, que não interessa aos policiais, que não interessa à sociedade, tenha fim. Estou muito cansado disso. Estou muito cansado de ver policiais morrendo. Essa guerra é suja. Não tem como mexer com sujeira sem sujar as mãos”*<sup>9</sup>.

A ‘guerra às drogas’ não é propriamente uma guerra contra drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas. Como quaisquer outras guerras, é sim uma guerra contra pessoas – os produtores, comerciantes e consumidores das substâncias proibidas. Mas, não exatamente todos eles. Os alvos preferenciais da ‘guerra às drogas’ são os mais vulneráveis dentre

---

9 Intervenção no 2º Seminário da LEAP BRASIL “Drogas: Legalização + Controle”, realizado em 24/11/2014 (<http://www.leapbrasil.com.br/noticias/informes?ano=2014&i=310&mes=11>).

esses produtores, comerciantes e consumidores das substâncias proibidas. Os ‘inimigos’ nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os não brancos, os desprovidos de poder.

Após a declaração de ‘guerra às drogas’, o número de pessoas encarceradas nos Estados Unidos da América por crimes relacionados a drogas aumentou em mais de 2.000%. Em duas décadas, entre 1980 e 2000, o número de presos norte-americanos passou de cerca de 300.000 para mais de 2 milhões, o que tornou os Estados Unidos da América o país com a maior população carcerária do mundo. Mas, nos cárceres dos Estados Unidos da América, sua população não está representada de maneira uniforme. A taxa de encarceramento nos Estados Unidos da América é de 706 presos por 100 mil habitantes, mas quando se consideram apenas os homens afro-americanos, essa taxa sobe para cerca de 4.700 presos por 100 mil habitantes<sup>10</sup>. O encarceramento massivo de afro-americanos nos Estados Unidos da América nitidamente revela o alvo e a função da ‘guerra às drogas’ naquele país: perpetuar a discriminação e a marginalização fundadas na cor da pele, anteriormente exercitadas de forma mais explícita com a escravidão e o sistema de segregação racial conhecido como Jim Crow.

Na versão brasileira da ‘guerra às drogas’ o alvo preferencial também é claro: os mortos e presos nessa guerra – os ‘inimigos’ – são os ‘traficantes’ das favelas e aqueles que, pobres, não-brancos, marginalizados, desprovidos de poder, a eles se assemelham.

O Brasil tem hoje, em números absolutos, a quarta maior população carcerária do mundo. Os dados mais recentes, referentes a dezembro de 2014, revelam que já ultrapassamos os 600 mil presos (622.202), correspondendo a 306 presos por cem mil habitantes (a média mundial é de 144). Em 1995, essa proporção era de 92 por cem mil habitantes. Os incompletos dados referentes à cor da pele (faltam dados relativos a diversos estabelecimentos prisionais) revelam que 61,67% dos presos são negros ou pardos, enquanto na população brasileira em geral o percentual é de 51%. Em relação à escolaridade, os mesmos dados revelam que 75,8% dos presos têm no máximo o ensino fundamental.

Ainda conforme os dados do Ministério da Justiça, acusados e condenados por ‘tráfico’ das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas eram 28% do total dos presos brasileiros em dezembro de 2014.

10 Dados: Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice. <http://bjs.ojp.usdoj.gov/>.

Acusações e condenações por ‘tráfico’ constituíam então a segunda maior razão de encarceramento quando considerados os crimes contra o patrimônio em conjunto, ou a primeira maior razão de encarceramento quando considerados tais crimes isoladamente (o maior contingente de presos por crimes contra o patrimônio – acusados e condenados por roubo qualificado – alcançava 25% do total de presos). Em dezembro de 2005, a partir de quando começaram a ser fornecidos dados relacionando o número de presos com as espécies de crimes, os acusados e condenados por ‘tráfico’ eram 9,1% dos presos brasileiros; em 2010, eram 21%; em 2012, 26,9%. Entre as mulheres, a proporção de acusadas e condenadas por crimes relacionados às arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas, em dezembro de 2014, se elevava a 64% das presas<sup>11</sup>. Esses percentuais podem ser ainda mais elevados. Levantamento relativo a junho de 2015 indica que 38,9% dos 221.636 presos no estado de São Paulo (o maior contingente do Brasil) são acusados ou condenados por ‘tráfico de drogas’, proporção que se eleva a 70% entre as mulheres<sup>12</sup>.

Nesse ponto, vale mencionar mais um dos paradoxos que caracterizam a política proibicionista: as prisões, abarrotadas de ‘traficantes’ são, ao mesmo tempo, local de intenso uso das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas. Relatório do próprio UNODC revela que prisões são um ambiente de alto risco, no que se refere ao uso de drogas. Como acontece extramuros, a maconha também é a droga mais comumente usada. Embora mencionando a limitação de dados disponíveis, o relatório do UNODC afirma ainda que o uso de heroína nas prisões do mundo é muito superior ao registrado entre as populações em geral, estimando que o percentual de consumo recente (prevalência no último ano) de tal droga em prisões variaria de 0,8 a 11,5%, enquanto em populações em geral essa variação seria de 0,3 a 0,5%<sup>13</sup>.

Mas, voltando ao perfil dos preferencialmente atingidos pela versão brasileira da ‘guerra às drogas’. Não só entre os presos, mas também entre os mortos nessa guerra, as discriminações e o racismo se repetem.

---

11 Dados: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf). International Centre for Prison Studies: <http://www.prisonstudies.org>.

12 Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo: [http://www.sap.sp.gov.br/download\\_files/pdf\\_files/levantamento\\_presosxdelitos.pdf](http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/levantamento_presosxdelitos.pdf).

13 Relatório do Secretariado do UNODC para a 59ª Sessão da Comissão de Drogas Narcóticas (CND): “World situation with regard to drug abuse”. <https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/session/cnd-documents-index.html>.

Relatório da Anistia Internacional revela que eram negros 79% das 1.275 vítimas de homicídios decorrentes de operações policiais de ‘combate ao tráfico’ na cidade do Rio de Janeiro, no período 2010/2013. O mesmo relatório revela que, no ano de 2014, a grande maioria de ocorrências dessa natureza se concentrou nas áreas mais pobres da cidade, nas zonas norte e oeste: praticamente 80% dos 244 homicídios registrados ocorreram nas áreas de Irajá, Bangu, Olaria, Rocha Miranda, Méier e Santa Cruz<sup>14</sup>.

Do outro lado da guerra, do lado dos policiais, não há dados sobre as condições socioeconômicas, os locais de moradia ou a cor da pele dos mortos. São mortes encaradas com naturalidade: durante campanha para as eleições ao cargo de governador do Estado do Rio de Janeiro em 2014, um candidato disse durante um debate: “policial morto; farda em outro”, sem que houvesse qualquer repúdio imediato, quer por parte da imprensa, quer por parte da maioria das entidades de defesa de direitos humanos<sup>15</sup>, como se ser morto fosse uma mera contingência do trabalho policial. Essa naturalidade explica a falta de dados. Mas, certamente, se fosse feito algum levantamento, provavelmente os indicadores não seriam muito diferentes dos apontados em relação aos ‘inimigos’.

Mas, além de provocar violência, mortes, discriminação, encarceramento massivo, ao tomar a irracional decisão de enfrentar um problema de saúde com o sistema penal, o Estado agrava esse próprio problema de saúde. Em outro de seus paradoxos, a proibição causa maiores riscos e danos à mesma saúde que enganosamente anuncia pretender proteger.

Com a proibição, o Estado acaba por entregar o próspero mercado das drogas tornadas ilícitas a agentes econômicos que, atuando na clandestinidade, não estão sujeitos a qualquer limitação reguladora de suas atividades. A ilegalidade significa exatamente a falta de qualquer controle sobre o supostamente indesejado mercado. São esses criminalizados agentes – os ditos ‘traficantes’ – que decidem quais as drogas que serão fornecidas, qual seu potencial tóxico, com que substâncias serão misturadas, qual será seu preço, a quem serão vendidas e onde serão vendidas. No mercado ilegal não há controle de qualidade dos produtos comercializados, o que aumenta as possibilidades de adulteração, de impureza e

---

14 Anistia Internacional. “Você matou meu filho! – Homicídios cometidos pela polícia militar no Rio de Janeiro”. 2015. <https://anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/voce-matou-meu-filho/>.

15 Ver Informe da LEAP BRASIL: <http://www.leapbrasil.com.br/noticias/informes?ano=2014&i=311&mes=12>.

desconhecimento do potencial tóxico das drogas proibidas. *Overdoses* acontecem, na maior parte dos casos, em razão do desconhecimento daquilo que se está consumindo.

Por outro lado, a ilegalidade cria a necessidade de aproveitamento imediato de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, o que incentiva a falta de cuidados e higiene, com consequências que aparecem especialmente na difusão de doenças transmissíveis como a Aids e a hepatite. Além de criar a atração do proibido, acabando por incentivar o consumo por parte de adolescentes, a proibição dificulta o diálogo e a busca de esclarecimentos e informações entre estes e seus familiares e educadores. A proibição ainda dificulta a assistência e o tratamento eventualmente necessários, seja ao impor ineficazes e ilegítimas internações compulsórias, seja ao inibir a busca voluntária do tratamento, por pressupor a revelação da prática de uma conduta tida como ilícita. Muitas vezes, essa inibição tem trágicas consequências, como em episódios de *overdose* em que o medo daquela revelação paralisa os companheiros de quem a sofre, impedindo a busca do socorro imediato.

A proibição e sua guerra provocam danos ambientais, seja diretamente com a erradicação manual das plantas proibidas ou pior, com as fumigações aéreas de herbicidas sobre áreas cultivadas, como ocorreu e ainda ocorre na região andina, seja indiretamente, ao provocar o desflorestamento das áreas atingidas e levar os produtores a desflorestar novas áreas para o cultivo, geralmente em ecossistemas ainda mais frágeis.

É preciso promover uma profunda reforma das convenções internacionais e das legislações internas, para pôr fim à ilegítima, irracional, nociva e sanguinária política de ‘guerra às drogas’, que, além de não funcionar em sua inviável pretensão de salvar as pessoas de si mesmas, produz demasiada violência, demasiadas mortes, demasiadas prisões, demasiadas doenças, demasiada corrupção, demasiadas discriminações, demasiada opressão, demasiadas violações a direitos humanos fundamentais.

É preciso legalizar e conseqüentemente regular e controlar a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas.

Legalizar não significa permissividade ou liberação, como insinuam os enganosos discursos dos partidários da fracassada e danosa proibição. Ao contrário. Legalizar significa exatamente regular e controlar, o que hoje não acontece, pois um mercado ilegal é necessariamente desregulado e descontrolado. Aliás, poder-se-ia mesmo dizer que ‘liberado’ é exatamente

te esse mercado que floresce na ilegalidade imposta pela proibição: ao contrário do que acontece em um mercado legalizado, os chamados ‘traficantes’ não estão submetidos a qualquer controle ou fiscalização sobre a qualidade dos produtos que fornecem; para obter maiores lucros, podem misturar a droga produzida e comercializada a outras substâncias ainda mais nocivas; não precisam informar qual o potencial tóxico da droga produzida e comercializada; não precisam fazer qualquer esclarecimento ou advertência aos consumidores sobre os riscos de seus produtos; estabelecem preços livremente; não pagam quaisquer impostos; não estão sujeitos a legislações trabalhistas, podendo empregar, como de fato empregam, até mesmo crianças em suas atividades de produção e comércio; vendem seus produtos onde quer que estejam consumidores; não precisam controlar a idade dos compradores. Legalizar significa pôr fim ao ‘tráfico’, afastando do mercado esses descontrolados e ‘liberados’ agentes que agem na clandestinidade e devolvendo ao Estado o poder de regular, limitar, controlar, fiscalizar e taxar a produção, o comércio e o consumo dessas substâncias, da mesma forma que o faz em relação às drogas já lícitas, como o álcool e o tabaco.

Legalizar tampouco significa que haveria um aumento incontrolável do consumo, como muitos temem. Não há qualquer indicação concreta de que isto poderia acontecer. Ao contrário. Pesquisa realizada pelo Zogby, nos Estados Unidos da América, em dezembro de 2007, registrou 99% de respostas negativas à indagação sobre se, uma vez legalizadas drogas como cocaína ou heroína, os entrevistados passariam a consumi-las, assim se projetando um consumo de tais substâncias em proporções semelhantes às já ocorrentes. Na Holanda, onde o consumo de derivados da *cannabis* é acessível nos tolerados *coffee-shops*, o percentual de seus consumidores entre jovens sempre foi bastante inferior ao registrado nos Estados Unidos da América, considerado especialmente período anterior às graduais e parciais reformas que vêm atenuando o enfoque repressivo nesse país <sup>16</sup>.

Vale notar que a única diminuição significativa no consumo de drogas, nos últimos anos, foi de uma droga legalizada: o tabaco, cujo consu-

---

16 Em 2004/2005, o percentual de consumidores (consumo recente: prevalência no último ano) entre jovens de 15 a 24 anos na Holanda girava em torno de 12%, enquanto nos Estados Unidos da América esse percentual girava em torno de 27% entre os jovens de 18 a 25 anos. Na prevalência na vida, os percentuais eram respectivamente de 28% e 41%. Fontes: European Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction (2005); Substance Abuse and Mental Health Services Administration (SAMHSA): National Survey on Drug Use and Health (2004-2005).

mo, inclusive no Brasil, se reduziu pela metade<sup>17</sup>. Esse resultado foi obtido sem proibição, sem guerras, sem prisões. Ninguém foi morto ou preso por produzir, vender ou usar tabaco. Ao contrário, foram instituídos muito mais eficientes programas educativos e regulações (vedação de publicidade, restrições ao consumo em lugares públicos, maior divulgação dos danos provocados pelo tabaco), além de todo um esforço de desconstrução do *glamour* do cigarro.

Legalizar tampouco significa aprovação de quaisquer drogas, mas apenas uma decisão racional para pôr fim aos maiores riscos, danos e sofrimentos causados quando tais substâncias são objeto de proibição. Essas substâncias têm sido usadas desde as origens da história da humanidade e tudo indica que muitas pessoas continuarão desejando usá-las, sejam elas lícitas ou ilícitas. A repressão, o emprego de forças policiais, o sistema penal, a guerra não são a maneira adequada de conter esse desejo. Usar ou não usar drogas, sejam as hoje ilícitas, como a maconha, a cocaína ou a heroína, sejam as lícitas, como o álcool e o tabaco, é uma questão a ser enfrentada a partir de informações, de educação, de conscientização sobre o potencial destrutivo de tais substâncias. Esses sim são meios eficazes e humanos. Forças policiais, políticas penais, prisões, guerras, além de ineficazes, trazem mais destruição.

Não basta descriminalizar a posse para uso pessoal. Não é apenas a criminalização da posse para uso pessoal das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas que viola normas constitucionais. Tão ilegítima quanto a criminalização da posse para uso pessoal das drogas tornadas ilícitas é a criminalização da produção e do comércio dessas substâncias proibidas, que igualmente viola normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas, como aqui apontado.

Não basta tampouco legalizar apenas uma ou outra substância considerada mais 'leve', como a maconha, proposta que, além de reproduzir a arbitrária distinção entre drogas lícitas e ilícitas, despreza o fato de que quanto mais perigosa uma droga em seus efeitos primários, maior a necessidade da legalização, pois não se pode controlar ou regular aquilo que é ilegal. É preciso que a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas venham para a luz do dia, para assim se submeterem a controle e regulação.

---

17 Estudo Saúde Brasil 2008, Ministério da Saúde, Brasília, 2009: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/saude\\_brasil\\_2008\\_web\\_20\\_11.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/saude_brasil_2008_web_20_11.pdf).

A legalização e conseqüente regulação e controle da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas é sim a opção política indispensável para definitivamente pôr fim à nociva e sanguinária 'guerra às drogas'; para definitivamente pôr fim a todos os inúmeros danos causados pela proibição. O fim da falida, danosa e dolorosa política proibicionista é a única forma de reduzir a violência; as mortes; o encarceramento massivo; o racismo e outras discriminações; o agravamento de problemas de saúde relacionados ao consumo de drogas; a violação a direitos humanos fundamentais. Legalizar e conseqüentemente regular e controlar a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas é a única forma de possibilitar que os problemas advindos do abuso de tais substâncias sejam enfrentados não com sanguinárias, destrutivas e inúteis guerras, mas sim com soluções nascidas da compreensão, da compaixão, da solidariedade e do respeito à dignidade de todas as pessoas. ❖

# Situação Política no Brasil e Direitos Humanos

**Miguel Baldez**

*Professor e Coordenador de Assuntos Comunitários da EMERJ.*

Para pensar a situação política no Brasil hoje, é importante começar das décadas de 1920 e 1930 do século XX. Em 1922 foi fundado o partido comunista, um reflexo da revolução de 1917, na Rússia, ação direta do COMINTERN. Já na segunda metade daquele ano 20, o partido comunista cria o BOC, Bloco Operário Camponês que, sob a liderança do marmorista Minervino de Oliveira, assumiu relevante papel organizativo nas lutas da emergente classe trabalhadora de então, chegando mesmo a assumir o protagonismo dos enfrentamentos de classe concretos, como grande e importante greve na cidade de São Paulo.

Veio, então, no curso de tal processo histórico, a revolução burguesa de 1930, liderada por Getúlio Vargas, Juarez Távora, Osvaldo Aranha, Góis Monteiro, Pinheiro Machado e outros, uma revolução que, ultrapassando as limitações agrárias da economia da república velha, preparava o país para a nova sociedade, inspirada em valores da revolução francesa. Consolidou-se, daí em diante, o fundamental conceito burguês do direito, cujas normas e regras deveriam garantir a dispersão das grandes contradições entre capital e trabalho. Reduziriam tais contradições a conflitos individuais entre as pessoas, reconhecidas natural e juridicamente como sujeitos de direito. Quanto ao trabalho, a redução da contradição ficaria expressa no conflito entre patrão e trabalhador, quando muito reconhecendo no conjunto da classe trabalhadora, com inúmeras restrições legais, o direito de greve. Do ponto de vista do direito positivado, tal fato vai acontecer no ano de 1934, logo depois da superada revolução paulista de 1932, de feição tipicamente reacionária.

Mas a década de 1930 foi palco de grandes ações e reações econômicas e políticas mundo afora e, nessa Europa recém saída da Primeira Guerra Mundial, uma incipiente e desestruturada democracia acabou por ser engolida por regimes totalitários. Assim, na Alemanha, o nazismo de

Adolf Hitler, e, na Itália, o fascismo de Mussolini, principais protagonistas da Segunda Guerra Mundial. No enfrentamento, no outro polo, os chamados aliados, entre os quais uma contradição, lado a lado o regime socialista da União Soviética e as principais nações capitalistas, Inglaterra, França e Estados Unidos da América.

Os efeitos do conflito europeu não poderiam deixar de repercutir no Brasil. Em 1935, o partido comunista tenta uma revolução, que se frustrou, mas deixou nomes importantes na política nacional, como, principalmente, Luiz Carlos Prestes e Apolônio de Carvalho, e mais adiante a tentativa golpista do fascismo integralista, que redundou na ditadura de Vargas em 1937, o chamado Estado Novo. Pois Vargas beirou o fascismo europeu assumindo aqui com o Estado Novo o fascismo, a ditadura com todos os seus ingredientes de perseguições, violência, tortura e mortes.

Com a vitória em 1945 dos aliados, cai no Brasil, em 1946, a ditadura de Vargas, restabelecendo-se formalmente o regime democrático. Mas Vargas, sem dúvida um gênio político, criando dois partidos, um voltado para a classe trabalhadora, o PTB, outro comprometido com o latifúndio, cuja permanência na economia brasileira sempre se manteve, o PDS, ele Vargas conseguiu conservar-se na crista da política nacional, e em 1950, voltou ao poder, agora democraticamente eleito pelo povo, pode dizer-se nos braços do povo.

Só que as eleições de 1950 traziam um Vargas revigorado pela cidadania e inflado pela democracia, com matizes ideológicos socialistas, em razão da presença da União Soviética no contexto internacional. Já não servia aos interesses do capital, envolto na guerra fria e correndo o risco de perder seus domínios na América Latina. Por outro lado, destacava-se como partido de oposição a UDN, liderada de fato por um habilidoso e combativo político de direita, o jornalista Carlos Lacerda. Getúlio Vargas incomodava e com ele crescia a força democrática do povo. Deu-se então a tentativa de assassinato contra Carlos Lacerda, que redundou na morte do major Rubem Vaz, provocando forte reação nas forças armadas, principalmente na corporação do morto, a Aeronáutica, onde se formou um grupo amotinado na época chamado "República da Aeronáutica". A pressão contra Vargas aumentava a cada dia, à frente Carlos Lacerda, mas como força mais atuante e definitiva, e primeiro indicativo de um projeto golpista que só veio a concretizar-se em 1964. Getúlio suicidou-se e, com sua morte, deu ao povo um novo caminho de luta e resistência democrá-

tica. Getúlio morto continuava nos braços do povo. No campo eleitoral, os dois partidos, PDS e PTB, ultrapassado o curto momento de Café Filho, com seus candidatos, Juscelino Kubtschek e João Goulart, já naquela altura imbatíveis. A campanha da direita recrudescu e tudo se fez para impedir a candidatura de Juscelino e, eleito ele, evitar a sua posse, garantida afinal pelo então Ministro da Guerra, Mal. Henrique Duffles Lott. Salvou-se formalmente a democracia, mas o projeto golpista continuou seu curso. Vem o governo de Jânio Quadros e como vice-presidente João Goulart. Tem-se a renúncia de Jânio e a direita, com presença mais atuante do capital internacional, não pode suportar que Jango assumisse o poder. Na ocasião estava ele na China. No Rio Grande do Sul o governador Leonel Brizola resiste e, principalmente, a classe trabalhadora já organizada na primeira CGT (Comando Geral dos Trabalhadores) mobiliza-se a favor da posse de João Goulart e acabam vitoriosos, não sem antes aceitar a mudança de regime, dando-se a substituição do presidencialismo pelo parlamentarismo. Depois, em consequência da realização de um programa plebiscito, retorna-se ao presidencialismo e Jango retoma seus poderes presidencialistas. Logo depois, porém, em, 1964, o projeto golpista, integrando o empresariado e os militares, com direto e forte apoio do capital, impôs aos brasileiros a ditadura empresarial militar que, com torturas e mortes, durou até 1985. Faz-se uma pausa nestas reflexões para lembrar observação de ilustre sociólogo da USP, Francisco de Oliveira. Diz ele que no Brasil os tempos de ditadura ultrapassam o tempo de liberdades, citando a ditadura de Vargas e essa mais recente, a empresarial militar. Em outro estudo, já se pediu vênua ao ilustre Francisco de Oliveira para dele discordar em parte. Na verdade, o povo brasileiro nunca teve fala, a não ser nos momentos históricos em que se opôs revolucionariamente à classe dominante. Foi assim em Canudos, na Cabanagem, no Contestado.

Mas o espectro da ditadura está sempre presente nos ares políticos desta eterna vilã que é a classe dominante no Brasil. Fez ela a sua revolução burguesa, mas entregou-se de corpo e alma aos interesses internacionais, pois jamais se firmou como classe independente. Não conseguiu por isso conviver com o trabalhador quando ele se organizou em seus sindicatos. É bom lembrar que o sindicalismo brasileiro, nascido com o Estado Novo de Vargas, em 1937, de caráter fascista, inspirou-se na *Carta Del Lavoro*, de Mussolini, e gestou nas suas entranhas os que ficaram conhecidos como pelegos. Pelego, a manta que no sul se usa sobre a cela

para amaciar o peso da cela e do cavaleiro. Nos sindicatos, para amaciar a pressão do capitalista sobre a classe trabalhadora. Pois o sindicalismo no Brasil, com a exceção do comando geral dos trabalhadores na década de 1960, sempre foi dominado por pelegos, até que surgiram os sindicatos do ABC paulista, e nele a liderança de Luis Inácio da Silva, o Lula.

Na política, o mais que se tinha avançado estava no trabalhismo de Vargas, Jango e depois Leonel Brizola. O partido comunista, com a revolução frustrada em 1935 e vitimado pela brutal e continuada repressão, praticamente perdera-se. Mas o metalúrgico Lula, repetindo com vantagem o marmorarista Minervino de Oliveira, na década de 1920, lançou-se, além da organização sindical, no campo da política, liderando com sucesso o Partido dos Trabalhadores. Foi demais para a classe dominante. PT e Lula em princípio não lograram sucesso, mas insistiram e Lula acabou eleito e reeleito para a presidência do Brasil e, mais, fez sua sucessora, que também se reelegeu. E a classe dominante, sentindo-se acuada, já não pôde conter sua índole golpista e, vestindo-se de juridicidade, vai tentando um golpe, principalmente valendo-se do Poder Judiciário. É bom lembrar o grande Calamandrei, quando afirma que os juizes (pode incluir-se os promotores, os advogados, os procuradores), numa sociedade burguesa, formando-se na cultura jurídica da burguesia que lhe passam nas universidades, terão inevitavelmente uma formação jurídica burguesa a orientar-lhes as eventuais decisões. Vejam como exemplo as decisões do Juiz Moro e do Ministro Gilmar Mendes e a vergonhosa posição da OAB contra a Presidenta Dilma e o ex-presidente Lula, e percebam, que enquanto Vargas foi vitimado pela "República da Aeronáutica", Dilma e Lula correm o risco de serem vitimados por estranhíssima república de juizes, promotores, procuradores e advogados. "Vade retrum" diria um religioso invocando poderes sobrenaturais. Politicamente, pode afirmar-se que o povo na rua, povo trabalhador organizado, nas cidades e no campo, a CUT, o MST e o MTST e demais formações da classe trabalhadora não permitirão que se dê e concretize esse projeto golpista. "Não passarão", diria a grande liderança feminina da história. "Não terá golpe", dizem em uníssono trabalhadoras e trabalhadores em todo o Brasil. ❖

# A Luta pela Terra e a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth

## Rafael da Mota Mendonça

*Advogado. Sócio fundador do escritório Antunes & Mota Mendonça; professor e coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito Ibmecc/RJ; Mestre em Direito da Cidade na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil e do Instituto de Estudos Críticos do Direito – IECD; professor da EMERJ, da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro – FESU-DEPERJ e de diversos cursos de atualização jurídica no Rio de Janeiro.*

**SUMÁRIO:** Introdução – 1 - A Luta pela Terra; 2 – Canudos; 3 - A Guerra do Contestado; 4 - As Ligas Camponesas; 5 - O Governo Militar e o Estatuto da Terra; 6 - O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST; 7 – As Ocupações Coletivas; 8 - A Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth - Conclusão

**RESUMO:** O presente artigo realiza um breve relato dos principais movimentos de luta pela terra no Brasil e a sua tentativa de romper com a lógica de proteção da propriedade institucionalizada pelo ordenamento jurídico elaborado durante os séculos XIX e XX. O texto descreve a lógica das ocupações coletivas, principal instrumento de luta dos movimentos sociais, consagrada, principalmente, na atuação do Movimento de Trabalhadores Rurais Sem Terra. Nesta linha, o presente trabalho busca inserir na lógica de atuação desses movimentos elementos da Teoria do Reconhecimento elaborada por Axel Honneth. A referida teoria aplicada a esse contexto demonstra como as demandas de acesso à terra carecem

de legitimidade e reconhecimento por parte da sociedade, refletindo no tratamento político e jurídico dado à questão da terra no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Luta pela terra – Ocupações coletivas – Estatuto da Terra – MST – Teoria do Reconhecimento.

## 1- INTRODUÇÃO

A história do Brasil pode ser contada a partir dos movimentos de luta pelo acesso à terra. Desde a chegada portuguesa em solo brasileiro, o Brasil colônia, sede da coroa, a velha república, os governos totalitários e a nova democracia, a luta pela terra foi um marco de enfrentamento à dominação de classe imposta pela sociedade capitalista, que sempre teve a terra como o seu principal modo de produção.

O positivismo jurídico, fruto da era das grandes codificações, se apropriou do direito natural, domesticando liberdades inerentes à própria existência humana e exaltando o monopólio da produção normativa nas mãos do Estado, cultuando o processo legislativo e inaugurando a chamada era legiferante. O direito se apropria do principal modo de produção, a terra, e da força de trabalho da classe proletária.

O direito criado no seio das revoluções burguesas foi à base do modelo capitalista, no qual o controle é exercido pelos titulares dos meios de produção, através de relações abstratas e universais, baseadas no conceito de contrato, propriedade e sujeito de direito.

Os trabalhadores, antes da instituição do modo de produção capitalista eram o próprio objeto de apropriação, sob a forma de escravos ou servos. Com o surgimento do referido modo de produção, os trabalhadores são captados pelo processo jurídico-burguês de subjetivação, onde lhes é imposta uma estrutura ideológica que garante a hegemonia da classe proprietária.<sup>1</sup>

As revoluções liberais consagraram uma nova maneira de dominação, que se expõe não pelo poder direto, a força, o domínio, mas através das formas jurídicas que se mostram compatíveis com as contradições sociais.

Nas relações econômicas pré-capitalistas, o escravo ou o servo estavam subordinados ao seu senhor, sem a necessidade da existência de

---

1 BALDEZ, Miguel Lanzellotti. *Sobre o papel do Direito na sociedade capitalista – Ocupações Coletivas*: Direito Insurgente. Ed. CDDH, 1989, Petrópolis – RJ.

uma construção jurídica para que houvesse o controle social. Com o aparecimento do trabalhador livre e assalariado, supostamente dono de sua força de trabalho, foi necessário o surgimento de algumas abstrações para dar continuidade às relações históricas de dominação.

Com a consolidação do Estado Liberal e do modelo de produção capitalista pautando o sistema econômico mundial, é notório o forte papel do direito na formação da base para uma exploração indireta do trabalhador. Em razão do referido contexto, imprescindível o marco teórico da obra de Savigny e Ihering. Ambos exerceram grande importância no século XIX através das suas construções jurídicas de posse e propriedade e os principais instrumentos para sua defesa, ratificando a existência de uma clara subjetivação das relações sociais concretas.

O caso concreto, o fato em si, é cada vez mais individualizado pelo ordenamento jurídico, universalizando as relações sociais que agora estão tipificadas, sendo, portanto, o Estado, sujeito garantidor da ordem social. A lógica de que todo indivíduo é titular de direitos e obrigações na sociedade civil tenta criar a máxima abstrata de que todos são iguais perante a lei.

Esta abstração jurídica com status constitucional ignora as profundas desigualdades econômicas, culturais e sociais. A falsa noção burguesa de igualdade e liberdade cumpre seu papel de cada vez mais individualizar as latentes contradições sociais.

MIGUEL BALDEZ<sup>2</sup> afirma que o Direito Positivo consagrado nas revoluções do século XIX criou em torno da terra uma verdadeira cerca jurídica, que, no caso brasileiro, se perpetua até os dias de hoje.

Quando a classe trabalhadora era submetida ao regime da escravidão, a terra não tinha valor algum, pois o monopólio do capital era exercido sob o próprio trabalho, no qual o escravo era tratado como renda capitalizada. A fonte de riqueza neste dado momento era sem dúvida o próprio ser humano.

A partir de 1850, com o advento da Lei Euzébio de Queiroz, primeira lei abolicionista, que extingue o tráfico negreiro, o trabalhador, agora assalariado, está prestes a entrar no mercado de trabalho na ótica desta nova organização social. Assim, rapidamente a cerca jurídica da terra é ampliada com a Lei nº 601 de 1850<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **A questão agrária: a cerca jurídica da terra como negação da justiça.**

<sup>3</sup> A Lei de Terras de 1850 teve como principal finalidade determinar a compra e venda como a única forma de aquisição entre vivos das terras, superando o antigo sistema de concessões públicas pelo regime das sesmarias.

A terra deveria assumir o lugar do escravo como renda capitalizada. Esta lógica toma a frente do nosso processo histórico no momento em que é promulgada a Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, em que a terra, devidamente titulada pode servir como objeto das hipotecas, garantindo os financiamentos exigidos pela empresa do café<sup>4</sup>.

A construção desse aparato jurídico de proteção à terra teve início com a chegada dos portugueses em solo brasileiro e seu fortalecimento no ano de 1850, com forte ampliação com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagra propriedade privada como direito fundamental.

No decorrer deste estudo serão expostos breves comentários acerca dos movimentos de luta pelo acesso à terra, que objetivaram desconstruir os principais pilares de proteção jurídica da propriedade no Brasil. Tais movimentos serão observados a partir de elementos da Teoria do Reconhecimento elaborada por Axel Honneth. Tal teoria contribui para legitimar essa demanda social, garantindo uma retomada da relação concreta do ser humano com os bens que estão a sua volta, confrontando com a realidade abstrata imposta pelas revoluções oitocentistas.

A construção a partir da lógica do reconhecimento pretende garantir ao trabalhador o acesso aos bens básicos da vida, mas também, a uma estima recíproca por parte da sociedade.

A luta pelo acesso à terra deve ser levada a cabo através da participação popular no enfrentamento à cerca jurídica criada em torno da propriedade. É sob esta ótica que encontramos nos movimentos populares de luta pela terra uma solução aos entraves criados pelo Direito Positivo através do processo histórico de abstração e individualização dos conflitos sociais, com a valorização de um direito concreto e puro, que surge a partir da ótica desses conflitos.

Desta forma, o presente trabalho busca apresentar os principais movimentos de luta pela terra na história brasileira e de que forma foram alijados do processo histórico de divisão de bens materiais e de reconhecimento por parte da comunidade em que estão inseridos.

## **1 - A LUTA PELA TERRA**

Desde o descobrimento do Brasil que a concentração da terra é utilizada como um instrumento de dominação, sendo até hoje uma das principais causas da desigualdade social no país. Por isso, imprescindível

4 BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Ob., Cit., p. 11.

apresentarmos os principais focos de luta pela terra em nosso país para posteriormente analisarmos tais movimentos sob a perspectiva da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth.

Inicialmente apresentar-se-á a ideia de que o primeiro foco de luta pela terra no Brasil foram os Quilombos. Nunca deixando de lado a clara busca pela liberdade, este movimento negro de fuga do regime escravagista tinha como objetivo a procura por um espaço de organização, produção e preservação da identidade sociocultural do negro<sup>5</sup>. Assim, é possível afirmar que as ocupações realizadas por esse movimento simbolizaram pela primeira vez uma forma concreta de luta contra os proprietários de terras.

Sem deixar de lado a grande importância do movimento negro de formação dos Quilombos, as principais lutas do camponês no Brasil iniciaram-se com a transição do regime político, com o fim do Império e o início da República.

Nesse contexto, dois momentos históricos foram de extrema relevância para uma verdadeira modificação na estrutura das relações camponesas. Inicialmente, a abolição da escravatura, em 1888, e posteriormente, a transferência das terras devolutas do patrimônio da União para o patrimônio dos Estados.

A abolição da escravatura já era prevista pela elite brasileira desde 1850, quando foi criada, através de pressões do governo inglês, a lei Euzébio de Queiroz, que extinguiu o tráfico negreiro. A Lei de Terras foi promulgada nesse mesmo ano e garantiu não apenas a manutenção da terra nas mãos dessa elite, como também, o início da transferência do trabalho escravo para o trabalho assalariado, sem prejuízo para o proprietário.

Até a edição da Lei de Terras em 1850, desde 1822, quando o regime das sesmarias foi extinto, o principal meio de aquisição do domínio no Brasil era através da posse. Assim, no referido lapso temporal, o número de posseiros no Brasil cresceu de forma acentuada.

A Lei de 1850 teve como principal finalidade determinar a compra e venda como a única forma de aquisição entre vivos da propriedade imóvel. Tal determinação tinha a nítida intenção de afetar os camponeses, que, como muito bem afirma JOSÉ DE SOUZA MARTINS, “*se deslocavam para áreas ainda não concedidas em sesmarias aos fazendeiros e ali abriam suas posses*”<sup>6</sup>. Com o futuro fim da escravidão, a Lei de Terras preparou o

<sup>5</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Ob. Cit, p. 107.

<sup>6</sup> MARTINS, José de Souza. **Os Camponeses e a Política no Brasil**, Ed. Vozes, Petrópolis, 1981, p. 42.

terreno para a chegada do trabalho livre, e fazia isso inserindo as terras brasileiras em um verdadeiro cativeiro, como muito bem afirma o autor.

A substituição do trabalhador negro foi realizada através da migração. Trabalhadores de países com excesso de população, principalmente na Itália, Alemanha e Espanha, imigravam para o Brasil, formando assim a nova cara da mão de obra rural brasileira.

Diferentemente do período entre 1822 e 1850, os imigrantes não encontrariam no Brasil terras livres que simplesmente pudessem ocupar, pois as terras devolutas brasileiras, após a Lei de 1850, eram monopólio do Estado, aparelhado pelos fazendeiros.

Percebe-se neste dado momento a presença de dois tipos de camponeses: o que chegou ao Brasil após 1850, através da imigração como forma de substituição do trabalho escravo; e também aquele que não teve sua posse legitimada com a Lei de Terras. Dessa forma, só restava ao trabalhador rural vender sua força de trabalho ao grande fazendeiro, e posteriormente, através do acúmulo de capital pela força de seu trabalho, adquirir uma pequena propriedade de terra<sup>7</sup>.

As relações sociais constituídas nesse período devem ser observadas a partir da dinâmica do acesso à terra. A possibilidade de acesso à terra pelo camponês estava pautado no acúmulo de pecúlio, a partir do trabalho na grande propriedade. Desta forma, ao mesmo tempo em que o camponês é libertado do latifúndio, está subjugado a ele<sup>8</sup>.

Encontra-se de forma bem definida neste dado momento histórico a figura do camponês e do fazendeiro. Surge um novo campesinato, bem diferente do anterior, que era definido pelo sistema das posses e das sesmarias. JOSÉ DE SOUZA MARTINS, na definição desse novo trabalhador rural afirma: *“Trata-se de um campesinato de pequenos proprietários, um campesinato moderno cada vez mais dependente do mercado, um campesinato de homens livres, compradores de terra, cuja existência é mediada por uma terra já convertida em mercadoria”*<sup>9</sup>.

Outro momento histórico de grande importância é a transferência das terras devolutas para os Estados da federação, fortalecendo assim as oligarquias regionais. Os governos estaduais, personificados na figura dos grandes proprietários de terra, focavam suas políticas em benefício próprio. O início da República encontrou não só o trabalho escravo extinto,

---

7 MARTINS, José de Souza. **O Cativeiro da Terra**, Ed. Ciências Humanas, São Paulo, 1979.

8 MARTINS, José de Souza. **Os Camponeses e a Política no Brasil**, Ed. Vozes, Petrópolis, 1981, p. 42.

9 *Ibid.* p. 43.

como também a propriedade da terra como uma forma de dominação do trabalhador rural livre. A elite não mais possuía o monopólio do escravo, mas sim o monopólio sobre a terra.

A transferência da terra é uma atividade exclusiva dos estados, demonstrando o grande fortalecimento das oligarquias regionais, que além de donos da terra, formando a classe dominante da época, também eram donos do poder político. Os grandes proprietários de terra controlavam os votos do eleitorado, tendo assim como conduzir a vida política daquela determinada região. A esse fenômeno dá-se o nome de *coronelismo*. Os coronéis, donos da terra, determinavam em quem seus empregados iriam votar, formando verdadeiros “currais eleitorais”, criando assim a figura do “voto de cabresto”.

O eleitorado manipulado pelos coronéis também era constituído pelos seus clientes, observados sob a ótica econômica. A expressão coronel não deve ser utilizada unicamente para os grandes proprietários de terra, mas também para os comerciantes e fazendeiros. Os clientes desses donos do capital instituíam um valor econômico ao seu voto, assim tratados como mercadoria pelos donos do poder. O *clientelismo* era a maneira de negociação que garantia aos donos da terra o poder político.

O sistema da troca de favores fundamentado no clientelismo era à base da política dos coronéis, que, em contrapartida, recebiam apoio do governo federal, fortalecendo assim sua liderança regional.

Nessa época, o camponês não era livre, sendo uma vítima integrante desse sistema de troca de favores e de dominação da terra. É nesse contexto que surgem logo no início da república os primeiros focos de luta camponesa, que nesse momento histórico são caracterizados pelos movimentos messiânicos, que têm seu ápice na Guerra de Canudos e na Guerra do Contestado<sup>10</sup>.

## 2 - CANUDOS

Movimento que ocorreu no sertão da Bahia, através do fim de uma peregrinação iniciada nos anos 1870 por seu líder, Antônio Conselheiro, que tinha entre seus seguidores camponeses, vaqueiros, jagunços e antigos escravos. Após esta andança por diversos Estados do Nordeste, Antônio e seus discípulos se estabeleceram em uma fazenda abandonada no sertão baiano, com o nome de Canudos, fundando um povoado chamado de Belo Monte.

---

<sup>10</sup> MARTINS, José de Souza. Ob. Cit, p. 50.

Esse povoado durou de 1893 a 1897, tendo nos anos de 1896 e 1897 sua fase mais difícil, devido às inúmeras invasões realizadas pelo exército republicano. A principal acusação sofrida pelo povoado de Canudos era a de possuir um ideal monarquista. Como já dito, o Brasil era república havia apenas 4 anos, tornando qualquer discurso contrário a esse regime um grande perigo, sendo caracterizado como crime político.

A República decorreu de uma manobra realizada pelas grandes oligarquias. Canudos nada mais era do que um povoado que enfrentava a grande concentração de terra existente no nordeste, chegando a acolher mais de trinta mil habitantes com cerca de cinco mil casas. Em um momento do país em que os grandes proprietários de terra ditavam as regras das relações de trabalho, Canudos aparecia como uma opção a essa forma de dominação, gerando uma insatisfação enorme por parte dessa elite.

Como já dito, o movimento liderado por Antônio Conselheiro começou nos anos 1870, antes da república. Seu principal ideal era o de justiça social, totalmente contrário às práticas impostas pela política dos coronéis. No entanto, é incontroverso o seu caráter religioso, em que todos os camponeses envolvidos acreditavam na mística da chegada do século XX. Ocorre que antes desse momento religioso proclamou-se a república. Este novo regime trouxe forte amparo a todas as injustiças sociais presentes no país. Segundo JOSÉ DE SOUZA MARTINS: *"Para os seguidores do Conselheiro, a monarquia era simplesmente o oposto da república, era a Lei de Deus, a ordem social do bem"*<sup>11</sup>.

Frustraram-se todos os adeptos de Canudos, quando diante da espera de um novo século repleto de justiça social, a República ratificou as desigualdades através dos senhores da terra. Conselheiro e todos os camponeses que estavam em Canudos eram monarquistas sim, mas por ser esta a única opção de luta contra as desigualdades impostas pela república. Antônio Conselheiro via na república uma vingança dos senhores de escravo contra a monarquia, que teve em seu último ato a abolição. O fim do escravagismo era visto para os seguidores de Canudos como um momento marcado por Deus na virada do século, para a libertação deste povo tão sofrido<sup>12</sup>.

Canudos era um lugar em que todos os camponeses poderiam sonhar com o fim da dominação exercida pelos coronéis. Após o movimento negro dos Quilombos, Canudos representou um grande momento de luta pela terra. Independentemente de seu caráter religioso ou político, não

<sup>11</sup> MARTINS, José de Souza. Ob. Cit, p. 52.

<sup>12</sup> MACIEL, Antonio Vicente Mendes. "Sobre a República", Ob. Cit. In JOSE DE SOUZA MARTINS, Ob. Cit, p. 53.

restam dúvidas acerca da resistência à ditadura da terra exercida pelas oligarquias regionais.

Diante da forte repressão exercida pela política oligárquica, Canudos resistiu. Sob a alegação de ser um movimento monarquista, o exército republicano enviou quatro expedições para destruir Belo Monte. Somente a última cumpriu seu papel, fazendo desaparecer o povoado de Canudos e juntamente com ele, este ideal de luta do trabalhador rural.

### 3 - A GUERRA DO CONTESTADO

Outro momento de tensão social envolvendo camponeses ocorreu no Sul do país, em uma região entre os Estados de Santa Catarina e do Paraná, com o nome de Contestado.

Nessa região, o governo se comprometeu a construir a estrada de ferro São Paulo – Rio Grande. A empresa que ficou responsável pela obra receberia em troca concessões de terras na largura de 9 km de cada lado da ferrovia. Ocorre que nessas terras que seriam concedidas eram realizadas atividades de extração de erva-mate, sendo enorme a presença de posseiros que trabalhavam no local.

A empresa responsável pela construção da ferrovia se organizou no sentido de colonizar as terras obtidas através dessa concessão governamental. O instrumento utilizado para a colonização foi a venda das terras a colonos estrangeiros.

Para viabilizar o uso econômico das terras concedidas era necessário expulsar todos os posseiros da região. Esta medida foi tomada a partir de 1911<sup>13</sup>. As tensões neste local aumentavam ainda mais porque além dos posseiros que seriam expulsos de suas terras, o local concentrava trabalhadores desempregados devido ao fim da construção da ferrovia. O conflito era inevitável e durou até 1916, quando o exército, as polícias estaduais e alguns jagunços a serviço de fazendeiros da região tentaram expulsar os camponeses.

Novamente repete-se aqui a trajetória de Canudos, em que a principal razão para a interferência do exército foi a acusação de que os posseiros do Contestado eram monarquistas. Mais uma vez a luta dos camponeses era contra a república, pois esta retratava a política de desigualdades exercida pelos coronéis. O ideal monarquista é bem definido por JOSÉ DE SOUZA MARTINS no trecho: “*A monarquia era simplesmente o contrário*

13 MARTINS, José de Souza. Ob. Cit, p. 51.

*da república, com suas injustiças e violências contra os pobres do campo. Era basicamente uma monarquia religiosa e igualitária*<sup>14</sup>.

Assim como em Canudos, os camponeses do Contestado foram derrotados pelas forças oligárquicas. Em ambos os movimentos podemos perceber a representação de uma ameaça à ordem social imposta, o que demonstra o enorme interesse dos titulares do poder político e econômico em reprimi-los.

#### **4 - AS LIGAS CAMPONESAS**

As Ligas Camponesas foram o primeiro foco de luta concreta pela reforma agrária. Este movimento ocorreu no nordeste brasileiro na década de 1950.

Com o fortalecimento das Ligas, ganha corpo o ideal de uma distribuição justa de terras, tanto nas cidades, através do movimento sindical, quanto no campo, com a recuperação da autoestima do trabalhador rural. A legitimidade e importância do movimento são reconhecidas a partir da forte repressão que sofreu, sendo uma das principais causas do Golpe Militar de 1964, devido ao grande foco que deu para a Reforma Agrária.

Para melhor compreensão desse movimento faz-se necessária a percepção do grande valor dado à terra dentro do contexto social do país à época. A terra substituiu a importância anteriormente dada ao escravo, sendo a principal forma de dominação e também de divisão entre os fazendeiros e camponeses.

No nordeste brasileiro, antes da segunda grande guerra, a cana-de-açúcar, principal produto da região, teve uma crise em sua produção. Esse momento faz com que os senhores de engenho sejam obrigados a arrendarem suas terras a foreiros para que assim possam viver nas cidades. Isso ocorreu até 1939, pois, com o início da guerra, o preço da cana volta a subir, fazendo com que os proprietários da terra expulsassem os foreiros de suas propriedades para que pudessem voltar a produzir. Os foreiros que não foram expulsos foram obrigados a destruir qualquer cultura que não fosse de cana.

Entre 1945 e 1955, os foreiros que não foram expulsos assumiram a posição de trabalhadores dos senhores de engenho, tendo comparativamente com os trabalhadores de fora da fazenda o seu salário bem reduzido. LIGIA SIGAUD define bem este momento quando expõe que os

---

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 57.

próprios foreiros foram gradativamente sendo expulsos das usinas, convertendo-se em mão de obra temporária<sup>15</sup>.

O processo do camponês ao longo da história brasileira pode ser visto através de uma análise da cana-de-açúcar no Nordeste. Até o momento em que esse camponês se torna um trabalhador assalariado, ele é visto como a única forma de substituição do trabalho escravo, morando nas fazendas, exercendo trabalho gratuito ou muito barato. Sua pequena renda só permitia que pagassem a terra que viviam e também plantassem um pouco para sua subsistência<sup>16</sup>.

Neste momento de expulsão dos foreiros das terras anteriormente concedidas em arrendamento pelos produtores de cana ou então de exploração de seu trabalho, que surge no ano de 1955 no nordeste uma associação de foreiros denominada Sociedade Agrícola e Pecuária dos Plantadores de Pernambuco, conhecida como Liga Camponesa.

Surge nesse momento uma divisão na história da luta camponesa no Brasil. Até a década de 1940 do século XX, a manifestação de luta exercida pelos camponeses era feita através dos movimentos messiânicos<sup>17</sup>. A partir da década de 1950, mais precisamente em 1955, as Ligas Camponesas e os Sindicatos são o grande instrumento de luta dos trabalhadores. Desde a década de 1940 até o golpe militar em 1964, os camponeses procuraram se organizar e encontraram diversas formas de luta, fazendo com que a exploração de seu trabalho fosse sempre combatida e buscando acabar com qualquer forma de dominação exercida pelos donos da terra.

As Ligas Camponesas se espalharam por todo Nordeste, recebendo, em um primeiro momento, o apoio do Partido Comunista e a forte oposição por parte da igreja católica, que posteriormente seria sua aliada.

Os camponeses brasileiros viviam uma época de grande organização política, já que os posseiros eram retirados da terra pelos grandes proprietários ou tinham sua força de trabalho expropriada, garantindo com isso, apenas o mínimo para sua subsistência. Além disso, crescia o fenômeno da grilagem, em que supostos proprietários, recebendo ordens dos latifundiários locais, falsificavam os títulos de propriedade nos cartórios e se atribuíam o direito à propriedade das terras.

As Ligas Camponesas foram uma forma de organização política dos

---

15 SIGAUD, Lígia. **Os Clandestinos e os Direitos**, Livraria Duas Cidades, São Paulo, 1979, *apud* MARTINS, José de Souza. Ob. Cit., p. 66.

16 MARTINS, José de Souza. Ob. Cit., p. 66.

17 Denominação utilizada por José de Souza Martins aos movimentos de Canudos e contestada, em razão de sua grande força religiosa.

camponeses, resistindo assim à expropriação e expulsão da terra, já que os grandes proprietários se recusavam a tornar efetiva uma política digna de trabalho assalariado e a sociedade negava a essas pessoas o reconhecimento de suas demandas, bem como o seu próprio modo de vida.

As Ligas tinham como principal finalidade a reforma agrária, promovendo encontros em todo território nacional, criando uma verdadeira conscientização de todo o país para o problema da má distribuição da terra. A principal forma de ação das Ligas era a resistência camponesa na terra e também o movimento de ocupações.

Até este momento, as Ligas ou qualquer outro projeto nacional de reforma agrária, não tinham a rigor uma forma definida de luta, mas isso não impediu que os latifundiários ficassem temerosos em perder seu monopólio sobre a terra, assim como afirma JOSÉ DE SOUZA MARTINS no trecho: *“A revolução camponesa surgiu muito mais definida no temor dos seus opositores de direita e de esquerda daquela época”*<sup>18</sup>.

É nesta conjuntura de luta pela terra que, em 1964, o presidente João Goulart é deposto através de uma aliança política feita por diversos setores da elite política e econômica, tendo como um dos principais motivos o medo de uma reforma agrária fora dos moldes previstos pelos nossos latifundiários, que priorizavam a agricultura capitalista em detrimento da agricultura camponesa.

O medo das nossas elites gerou o rompimento do sistema político democrático com ápice no comício da Central do Brasil em 13 de março de 1964, no qual o presidente João Goulart anunciou o envio ao Congresso Nacional de um projeto de lei de Reforma Agrária. O projeto gerou um descontentamento dos defensores do latifúndio, pois estabelecia o tamanho máximo de mil hectares para a propriedade rural e a consequente desapropriação de todas as fazendas acima deste limite, ao longo de 100 km de cada margem de todas as estradas federais. Esse projeto não prosseguiu diante do Golpe Militar de 1964.

## **5 - O GOVERNO MILITAR E O ESTATUTO DA TERRA**

No dia 30 de novembro de 1964, o Marechal Castelo Branco promulgou a Lei nº 4.504, mais conhecida como Estatuto da Terra. Foi a primeira lei brasileira de reforma agrária, que, devido à conjuntura política da época, não foi debatida no Congresso Nacional. Para um melhor entendimento do que representou o Golpe Militar e a criação do Estatuto da

---

18 MARTINS, José de Souza. Ob. Cit., p. 92.

Terra, vejamos a posição do jurista MIGUEL BALDEZ<sup>19</sup>: “A Ditadura Militar instalada então assumiu e incorporou no Estatuto da Terra todas as bandeiras do trabalhador na luta pela reforma agrária. Não evidentemente para realizá-las, mas para, congelando-as na Lei que nunca seria executada, imobilizar e desorganizar a luta”.

Realizar a apropriação das principais reivindicações do trabalhador rural foi a maneira que o Governo Militar encontrou de engessar as lutas pela reforma agrária contendo as pressões camponesas, já que nunca viria a cumprir o que determinara a lei, condenando toda e qualquer ação política à estagnação.

O tratamento jurídico dado pelo Estatuto da Terra à reforma agrária era de extrema importância e totalmente progressista, mas nunca saía do papel. A relevância deste dispositivo legal pode ser comprovada na análise de algumas de suas cláusulas<sup>20</sup>: (i) Cadastro de todas as propriedades de terras no país; (ii) Criação de um organismo público federal, o IBRA – Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, encarregado de cadastrar as propriedades, os processos de colonização de terras públicas e de desapropriação de terras. Este instituto seria mais tarde o que hoje é o INCRA; (iii) Criação do instituto da desapropriação pelo Estado das propriedades que subutilizavam seu potencial produtivo; (iv) Uma classificação geral para todas as terras; (v) A desapropriação para fins de Reforma Agrária de todas as propriedades classificadas como latifúndio, objetivando a distribuição de terras; (vi) Critérios de pagamento da área desapropriada, sendo: em dinheiro para as benfeitorias e em títulos da dívida para a terra nua, resgatáveis em vinte anos; (vii) Obrigatoriedade do pagamento do ITR – Imposto Territorial Rural, destinando seus recursos para o programa de Reforma Agrária; e (viii) O conceito e a possibilidade de formação de cooperativas.

Ao mesmo tempo em que o Estatuto da Terra positivou inúmeras bandeiras de uma luta histórica dos camponeses, ele transfere para o exército a prevenção de eventuais enfrentamentos no campo. Essa medida fez com que ao mesmo tempo em que o Estado permitia a reforma agrária, na prática fizesse com que ela não fosse cumprida.

A Reforma Agrária positivada no Estatuto da Terra não seria aplicada na prática. A verdadeira Reforma Agrária feita pelo nosso governo

---

<sup>19</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Ob. Cit., p. 107.

<sup>20</sup> STEDILE, João Pedro. **Nota sobre os 40 anos do Estatuto da Terra**, p. 01.

militar tinha como finalidade a reestruturação da propriedade da terra como forma de consolidar o meio de produção capitalista<sup>21</sup>.

Durante anos o Estatuto da Terra ficou esquecido, só retornando à discussão política em alguns focos da vida nacional, quando logicamente era de real interesse dos militares. Percebe-se a utilização dessa lei para institucionalizar a colonização de áreas vazias no país, como a Amazônia, ou então para garantir a venda de terras públicas às multinacionais, que tiveram inúmeros benefícios para se estabelecerem no campo brasileiro.

No final do governo militar, percebe-se um aumento da insatisfação camponesa no que tange à reforma agrária, o que faz ressurgir inúmeros focos de luta pela terra em todo território nacional.

Mesmo após a Ditadura Militar, o Estatuto da Terra continuou sendo usado de forma burocrática, sem comprometimento com a reforma agrária. Pode-se constatar que o plano de reforma traçado por este dispositivo nunca foi cumprido como deveria. O Estatuto da Terra era tão inovador na questão agrária, que até mesmo a constituinte de 1987 representou um verdadeiro retrocesso no tema.

## **6 - O MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA – MST**

Após o regime militar, no período da redemocratização e durante a constituinte, a emenda popular que tratava da reforma agrária sofreu profundas modificações, atuando apenas de forma decorativa no novo texto constitucional. Diante disso, a ação política foi a única forma encontrada para uma busca efetiva de democratização da terra e reconhecimento de tais demandas por parte do restante da sociedade. É nessa conjuntura que surge no Brasil o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, com um ideal de luta concreta pela Reforma Agrária e melhoria das condições de vida no campo.

Antes da análise desse movimento social, imprescindível observar que nesse momento histórico o campo é um local onde os trabalhadores se mobilizam para lutar por seus direitos, as comunidades rurais tornaram-se verdadeiros espaços democráticos. É neste contexto que a igreja católica, com base nos ensinamentos da Teologia da Libertação, cria em 1975 a Comissão Pastoral da Terra. A CPT, como é conhecida, exerceu seu trabalho nas comunidades rurais e também nas paróquias das cidades, se tornando uma grande articuladora de vários movimentos camponeses, dentre eles o MST. Promovia debates, reuniões, encontros e diversas outras atividades de organização e unificação do trabalhador rural e urbano.

---

<sup>21</sup> *Ibid*, p. 02.

Cabe novamente ressaltar o quanto a repressão feita pelo governo militar foi importante na criação do movimento sem terra. A insistência em deixar estagnada a reforma agrária só fez crescer a luta camponesa. A implementação da agroindústria como modelo de desenvolvimento econômico, ao invés de enfraquecer a movimentação no campo, reforçou a luta, nascendo com isso o maior movimento camponês da história, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra.

A Comissão Pastoral da Terra, através da organização de diversos encontros regionais entre os principais líderes da luta camponesa, consegue realizar o primeiro encontro nacional dos Sem Terra, que ocorreu no Estado do Paraná, em Cascavel, nos dias 20, 21 e 22 de janeiro de 1984. Esse foi o marco de nascimento do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Estava nesse momento fundado um movimento de âmbito nacional com a finalidade de luta pela terra, pela reforma agrária e principalmente pelo reconhecimento de uma demanda social até então esquecida e ignorada por grande parte da comunidade brasileira.

Este movimento, com o intuito de dar efetividade a sua luta, cria como instrumento de suas reivindicações as ocupações coletivas da terra através dos apossamentos, uma vez que desde 1850 foi introduzido o preço como única forma de aquisição da propriedade.

Um ano após a criação do MST é apresentado à sociedade o Plano Nacional de Reforma Agrária. Tal plano só conseguiu desapropriar, em 04 anos, 10% do previsto, e mesmo assim porque ocorreram inúmeras pressões dos Sem Terra, que intensificaram suas ocupações. A maior resistência às ocupações realizadas pelo MST foi realizada pela jovem União Democrática Ruralista, a UDR, movimento organizado pelos latifundiários com o intuito de defender a manutenção do latifúndio.

A UDR, que, no processo constituinte, contava com um considerável número de representantes no Congresso Nacional, foi uma das grandes causadoras das modificações feitas na emenda popular da Reforma Agrária, invalidando um verdadeiro projeto que poderia vir a solucionar a questão agrária brasileira.

O movimento pela reforma agrária sofreu considerável enfraquecimento quando foi eleito para presidente, em 1989, Fernando Collor de Mello, ferrenho defensor do latifúndio. Assim, as repressões às ocupações aumentaram, com ampla utilização de força policial e principalmente com uma forte campanha de criminalização dos movimentos de luta pela terra, quando as ocupações seriam tratadas como invasões, negando a esses militantes o reconhecimento recíproco que se espera de uma demanda legítima.

No governo de Itamar Franco foi aprovada a Lei Agrária de 1993, que regulamentava as desapropriações de terra para fins de reforma agrária, apresentando como principais avanços: (i) Recolocar a questão da função social da propriedade da terra como principal critério de desapropriação; (ii) Determinar o pagamento das benfeitorias desapropriadas à vista e em dinheiro; (iii) Estabelecer os critérios de utilização da terra que caracterizam uma propriedade produtiva; (iv) Garantir que os sem-terra seriam assentados em sua região de moradia; e (v) Estabelecer o rito sumário, que acelera o processo de desapropriação, exigindo que o judiciário decida em 120 dias se a propriedade é ou não passível de ser desapropriada.

Nesse mesmo ano, além da Lei Agrária, o governo liberou recursos para realização dos processos de desapropriação, mas mesmo assim o número de assentamentos continuou muito baixo.

Em 1994, foi eleito Fernando Henrique Cardoso, que torna a Reforma Agrária uma simples política compensatória, estendendo a política de Fernando Collor. O novo presidente aumentou o incentivo ao agrogócio, dificultando ainda mais a manutenção da pequena propriedade familiar de produção no campo. Essa política intensificou o desemprego de trabalhadores assalariados, fazendo crescer os conflitos rurais.

Juntamente com o crescimento dos conflitos, tem-se o crescimento da repressão, que pode ser ilustrada nos massacres de Corumbiara em 1995 e de Carajás em 1996, em que foram mortos dezenas de trabalhadores rurais. Após estes enfrentamentos, notou-se o grande aumento dos protestos internacionais e as grandes injustiças geradas pelo projeto neoliberal interno.

Diante da grande exposição do governo, em razão dos inúmeros conflitos no campo, não houve saída senão a de retomar a política de Reforma Agrária. Como já é de rotina, mais uma vez esse projeto buscou apenas um abrandamento da fervorosa desigualdade rural brasileira. A reforma agrária não seria feita de fato, estaria presa ao âmbito constitucional das terras improdutivas e sempre subjugada às grandes empresas rurais. O professor MIGUEL BALDEZ define a questão no seguinte trecho: *“Não se faria a reforma agrária, mas na medida em que o latifúndio permitisse e se lograsse vencer a resistência da bem-estruturada bancada ruralista, se daria resposta, em parte, às angústias do trabalhador”*<sup>22</sup>.

O professor afirma ainda que se a reforma agrária fosse realizada da maneira como estava sendo proposta, com uma simples compensação,

<sup>22</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Ob. Cit., p. 110.

a forte repressão feita aos movimentos camponeses estaria sendo descaracterizada como um “*processo histórico de lutas e conquistas*”, tornando-se uma mera disposição legal a ser aplicada aos latifúndios improdutivos.

O objetivo do governo, principalmente no campo jurídico, era dispersar o movimento camponês de luta com atos isolados, sem caráter prático e perpetuando a proteção outorgada à terra. Tal fato pode ser demonstrado na análise da Lei Complementar nº 88, promulgada em 23 de dezembro de 1996. Esta Lei alterou o dispositivo da Lei Complementar nº 76, de 06 de julho de 1993. Tal mudança teve como principal objetivo acelerar o procedimento de imissão na posse dos imóveis expropriados.

A alteração foi apenas formal, mais precisamente no número da lei, pois do ponto de vista da aplicabilidade, a norma era a mesma. A principal mudança que poderia ter sido feita na Lei de 1993 é no que tange à imissão provisória. A nova Lei manteve o preceito anterior, não transferindo ao expropriante, além da posse, o domínio. Caso o domínio também fosse transferido de maneira imediata, esse expropriante poderia desde já efetuar de modo definitivo o assentamento, com a respectiva emissão do título de propriedade.

No caso definido pelos dispositivos legais citados, sendo a imissão na posse provisória, o assentamento também é provisório, visto que a aquisição do domínio só seria realizada após sentença transitada em julgado que determine o depósito da indenização. Só assim o Poder Público, representado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA poderá transferir a propriedade aos assentados<sup>23</sup>.

No caso da imissão na posse, por exemplo, independentemente de a transferência do domínio ocorrer antes ou depois do trânsito em julgado da sentença, as famílias já estão na terra criando novas relações sociais baseadas em um direito concreto, e não na abstração jurídica de um título de propriedade. Diante de certas circunstâncias, percebe-se a importância da ação política dos movimentos sociais, que através de sua força ideológica lutam por uma igualdade social, aceitação e reconhecimento de suas demandas por parte da coletividade.

## 7 – AS OCUPAÇÕES COLETIVAS

Inicialmente, deve-se ressaltar a diferença entre os conceitos de ocupação e invasão. LUIZ EDSON FACHIN<sup>24</sup> define invasão como um ato de

<sup>23</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Ob. Cit, p. 113.

<sup>24</sup> FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**, Sergio Antônio Fabris Editor, 1º ed. 1988.

força para tomar alguma coisa de alguém em proveito particular, e ocupação como o ato de preencher um espaço vazio.

O espaço vazio a que se refere o jurista pode ser interpretado de diferentes formas. Através de uma ótica dogmática formada pelo nosso direito constitucional positivo, pode-se dizer que é vazio o latifúndio improdutivo. Se analisarmos a situação de uma maneira mais ampliativa, levando-se em consideração diversos princípios, implícitos ou não, que constam na Constituição Federal, pode-se determinar que o vazio está em todo e qualquer latifúndio que, sendo ou não improdutivo, não cumpre com sua função social.

Acima de toda e qualquer interpretação sobre o que significa este espaço vazio, percebe-se que a propriedade, principalmente na sua forma de latifúndio é sempre perversa, gerando riqueza e poder para uns, e desigualdade para outros.

A ocupação, independentemente da forma de interpretação adotada, representa para o MST a criação de um espaço de luta e resistência, sendo sua principal forma de enfrentamento diante de uma sociedade totalmente controlada por falsos conceitos e valores desiguais.

Em mais uma tentativa de desarticular a luta dos camponeses pela terra, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 1.577/97, determinando que as terras ocupadas pela ação coletiva dos trabalhadores não poderiam ser desapropriadas. MIGUEL BALDEZ define a verdadeira intenção deste ato, no trecho: *“Em suma, no campo jurídico-processual, não se altera o ritualismo da apropriação da terra nos seus efeitos práticos, mas juridifica-se a luta concreta para, por variado mecanismo, dispersá-la<sup>25</sup>”*.

Mesmo diante desta determinação legal, o MST continua a fazer uso deste instrumento de pressão, tornando os seus atos ainda mais revolucionários. As ocupações coletivas, podem ser consideradas um modo de aquisição da posse, consagrando um direito que surge da prática do trabalhador rural, fruto de uma necessidade histórica de luta pela terra e reconhecimento.

O fato de as ocupações serem feitas de forma coletiva, faz surgir um sujeito social, desconstruindo toda a forma de dominação imposta pelo direito positivo liberal oitocentista, que tem como principal função transformar as grandes contradições sociais em pequenos conflitos individuais. A grande conquista das ocupações coletivas é a quebra do conceito de propriedade privada. Neste momento, o ato de ocupar obriga ao cumpri-

25 BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Ob. Cit, p. 113.

mento de preceitos constitucionais normalmente esquecidos, como o da função social da posse e o da função social da propriedade.

Conclui-se, desta forma, que quando o MST realiza ocupação em terras produtivas, mas que não cumprem com a sua função social, ele amplia o conceito instituído de propriedade improdutivo, fazendo valer de forma efetiva o princípio constitucional da função social da posse, em que este instituto, observado de forma autônoma, sobrepõe-se a um título de propriedade.

A atuação do movimento popular é essencial para a construção de um ambiente verdadeiramente democrático, o sujeito coletivo torna-se garantidor da conscientização nacional de que a distribuição da terra é uma ação coletiva de libertação de toda sociedade, através do reconhecimento não só da distribuição justa dos bens materiais, como também de demandas específicas que nem sempre são acolhidas pelos poderes constituídos e pela comunidade.

## **8 - A TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH**

Durante o histórico apresentado de luta pela terra em território nacional, é notório que a construção de nosso ordenamento sempre levantou cercas que buscavam afastar as populações tradicionais do acesso ao meio de produção capitalista, a terra. Em nenhum momento da história, os excluídos foram reconhecidos como titulares de direitos. Toda a construção jurídica objetivou garantir à elite brasileira de forma plena e exclusiva o acesso à terra.

As condições para uma sociedade justa passam a ser definidas com o reconhecimento da dignidade pessoal de todo indivíduo ou grupo. A disputa por bens materiais intensifica cada vez mais os conflitos sociais<sup>26</sup>. A concentração de terra e a propriedade privada dos meios de produção talvez sejam os maiores responsáveis pela extrema desigualdade material observada na sociedade contemporânea.

O dismantelamento do Estado do Bem-Estar e a impossibilidade concreta de garantir a subsistência da grande maioria da população fazem com que o foco da luta tenha outro norte. Fazer cessar a degradação humana e o desrespeito tornam-se os ideais mais factíveis ao nosso tempo.

Os movimentos sociais citados nos capítulos anteriores pretendiam buscar meios de subsistência e também garantir o seu reconhecimento

---

26 HONNETH, Axel in SOUZA, Jessé e MATTOS, Patrícia (Organizadores). *Teoria Crítica do Século XXI*, ed. Anna-Blume, p. 80.

perante a comunidade. AXEL HONNETH afirma que *“uma gama de novos movimentos sociais chamaram nossa atenção para o significado político da experiência do desrespeito social cultural. Como resultado, passamos a perceber que o reconhecimento da dignidade dos indivíduos e grupos forma uma parte vital de nosso conceito de justiça”*<sup>27</sup>. As ocupações coletivas cumprem esse papel.

Seguindo a construção do autor da escola de Frankfurt, é possível afirmar que os conflitos pela terra são verdadeiras formas de luta pelo reconhecimento. O camponês, o trabalhador, o favelado, o pobre, excluído do acesso à terra no Brasil, carece de reconhecimento. A historicidade de determinadas ocupações deve ser reconhecida pela sociedade (reconhecimento recíproco), para que assim seja outorgada aos referidos movimento plena legitimidade e aceitação social.

O pluralismo da vida contemporânea carece da visão normativa de que os grupos sociais devem ser respeitados nas suas diferenças. Isso demonstra, segundo HONNETH, que a *“qualidade moral das relações sociais não pode ser mensurada exclusivamente em termos de uma divisão justa ou equitativa dos bens materiais”*<sup>28</sup>. A ideia de justiça defendida pelo autor está essencialmente na forma como as pessoas se reconhecem reciprocamente e não apenas na divisão de bens materiais.

O desenvolvimento da ideia de reconhecimento aplicado ao contexto das ocupações coletivas realizadas por aquela parcela da população que foi historicamente alijada do acesso à terra pode gerar a visibilidade necessária para uma análise mais ética e justa da problemática apresentada. A visão proprietária deve reconhecer e aceitar novas perspectivas de tratamento dado à mesma situação fática, em que o trato da terra deve ser observado de acordo com a dinâmica das relações sociais inseridas naquele contexto específico.

A terra não é apenas meio de produção, mas forma de garantir a subsistência de seus ocupantes. Tratamento diverso ignora a realidade concreta de grande parcela da população brasileira. Por isso, deve-se observar os critérios apresentados por HONNETH acerca do tratamento que pode ser dado à expressão reconhecimento<sup>29</sup>.

---

27 HONNETH, Axel in SOUZA, Jessé e MATTOS, Patrícia (Organizadores). Ob. Cit. p. 80.

28 *Ibid.* P. 80.

29 HONNETH, Axel in SOUZA, Jessé e MATTOS, Patrícia (Organizadores). Ob. Cit. p 82 – Segundo o autor: *“No contexto de uma formulação de uma ética feminista, esse conceito é utilizado, acima de tudo, para caracterizar o tipo de atenção amorosa e atencioso exemplificado no relacionamento entre mãe e filho. Em uma ética do discurso, ao contrário, o “reconhecimento” refere-se ao respeito recíproco para o status único e igual de todos os outros; aqui a conduta esperada dos participantes em um discurso serve como um modelo paradigmático. Finalmente, dentro da estrutura de esforços direcionada a desenvolver melhor as ideias comunitaristas, a categoria do reconhecimento é*

Segundo o autor, é possível afirmar que cada acepção do termo “reconhecimento” está ligada a uma “perspectiva moral específica”. Sua teoria foi desenvolvida acostada às ideias iniciais do jovem Hegel, que construiu o ideário normativo do reconhecimento recíproco, que permite a aceitação dos diferentes grupos sociais<sup>30</sup>.

A forma como os grupos que lutam pelo acesso à terra durante grande parte da história do Brasil sempre foram aliados do acesso a bens materiais e, sobretudo, ao reconhecimento recíproco, fizeram com que suas demandas fossem não só ignoradas, mas também diminuídas frente ao pensamento liberal dominante.

HONNETH<sup>31</sup>, citando as teses desenvolvidas pelo jovem Hegel, defende que todas as esferas do reconhecimento devem ser observadas para que assim todos os cidadãos estejam conscientes de seu papel no ambiente comunitário.

A forma violenta como o Estado trata as ocupações coletivas demonstra um desrespeito que vai além da violência física, pois trata-se da negação dos direitos e da institucionalização da exclusão social, em que a própria moral coletiva do povo é violada, como se não estivessem inseridos naquela comunidade. O reconhecimento recíproco outorga a todos os indivíduos os mesmos direitos, no que diz respeito ao reconhecimento de suas demandas, por mais específicas e minoritárias que sejam.

Segundo o autor da escola de Frankfurt quando há o reconhecimento legal dessas demandas os indivíduos são tratados com “autorrespeito elementar”, compartilhando os seus atributos como um sujeito moralmente competente. O autorrespeito, segundo ele, permite o pleno desenvolvimento do indivíduo nas esferas material e social.

A normatização do reconhecimento tem uma natureza universalizadora que insurge como decorrência das próprias lutas históricas, e no caso analisado no presente artigo, lutas históricas pelo acesso à terra.

Para demonstrar que a ausência de reconhecimento social prejudica a luta pelo acesso à terra, importante à análise do terceiro tipo de desrespeito elencado por HONNETH<sup>32</sup>, que está relacionado à “*depreciação*

---

*empregada, hoje, para caracterizar as formas pelas quais outras maneiras de vida passam a ser estimadas, como exemplificado mais tipicamente no caso da solidariedade social”.*

30 HONNETH, Axel, **Luta por Reconhecimento, A gramática moral dos conflitos**. São Paulo: editora 34, 2009, p. 31 e 32.

31 HONNETH, Axel in SOUZA, Jessé e MATTOS, Patrícia (Organizadores). Ob. Cit. p. 84. Segundo o autor: “*Consideradas juntas as esferas do reconhecimento então estabelecidas formam a rede de pressuposições normativas que tem de sustentar as sociedades liberais modernas para facilitar o surgimento de cidadãos envolvidos e conscientes de sua liberdade civil”.*

32 HONNETH, Axel in SOUZA, Jessé e MATTOS, Patrícia (Organizadores). Ob. Cit. p. 87.

*do valor social das formas de autorrealização*". Trata-se da desvalorização das diferentes formas de viver, que impedem os sujeitos de se autoafirmarem diante da comunidade em que estão inseridos, violando a estima social. O estilo de vida de cada indivíduo deve ser socialmente aceito, sob pena de impedir sua realização plena.

Os modos de vida no campo, na cidade, na produção familiar, ou de acordo com o trabalho urbano de forma solidária devem ser reconhecidos e valorizados, permitindo que todos possam ser encorajados a desenvolver as suas potencialidades. O sujeito deve se achar estimado pela sociedade, em razão das suas próprias características, permitindo que suas realizações possam ser concretizadas.

O sujeito que não tem acesso à terra não é reconhecido pela sociedade como membro integrante daquela comunidade, o que aumenta o repúdio do senso comum àquela determinada conduta. É o que AXEL HONNETH chama de diferença igualitária. A democratização do acesso à terra como uma forma de emancipação do ser humano necessariamente será consequência do reconhecimento da luta realizada por todos os diferentes grupos citados anteriormente.

Os seres humanos têm que ter a certeza de sua dignidade e da sua estima recíproca. Por isso, os três padrões de reconhecimento defendidos por HONNETH (amor, ordem legal e solidariedade) aplicados aos movimentos de luta pela terra garantem a sua inserção no ideário coletivo, com autoconfiança, autorrespeito e autoestima, legitimando as práticas adotadas e repercutindo no tratamento legal e jurisprudencial que é dado à posse e à propriedade no ordenamento jurídico brasileiro. O reconhecimento dessa luta evita a sua criminalização<sup>33</sup>.

Importante ressaltar que em nenhum momento o autor defende um afastamento da luta por uma distribuição material de bens, em que todos tenham um mínimo para a subsistência digna assegurado. Pelo contrário, compartilhamos da ideia de que a distribuição material de bens será uma consequência da normatização de uma ordem moral em que todos possam ser reconhecidos reciprocamente com a afirmação e aceitação de suas demandas com a inserção dos mais diversos grupos sociais na comunidade. O pluralismo deve ser aceito e entendido como necessário.

Os movimentos de luta pela terra descritos anteriormente são movimentos de busca por reconhecimento, pois quando determinadas comunidades são atacadas no seu direito mais básico, que é a moradia, a forma que encontram para se insurgir perante a sociedade é através

33 HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento, A gramática moral dos conflitos**. São Paulo: editora 34, 2009, p. 155 e 156.

do ato político de ocupação coletiva. Tentativa de autoafirmação, autor-reconhecimento e autoaceitação recíproca. A coletividade deve estimar ocupações históricas e reconhecê-las como necessárias à formação de uma sociedade justa e plural. A partir do reconhecimento social será possível garantirmos um novo tratamento jurídico e político para a questão fundiária.

Seguindo a linha defendida pelo autor da escola de Frankfurt, é possível afirmar que os movimentos de luta pela terra têm fundamento na política de identidade e na política tradicional de busca por bens materiais. Tais demandas não são excludentes; segundo o autor, seguem juntas, complementando uma a outra<sup>34 e 35</sup>.

De acordo com o autor, há uma hierarquia social a partir da estima que se tem em cada grupo social, e a divisão de bens materiais está diretamente relacionada com esse grau de estimas. Desta forma, para que o tratamento dado às demandas dos grupos ligados à luta pela terra tenha uma repercussão diversa da que até o momento foi configurada, é imprescindível o reconhecimento por parte da sociedade da importância da demanda social de tais grupos e do seu caráter extremamente transformador.

## CONCLUSÃO

Diante da construção teórica realizada, nota-se a razão da existência de certas desigualdades no Brasil. A concentração da terra é fruto de uma articulação realizada durante grande parte da história brasileira pela elite latifundiária.

Desconstruir não apenas o ordenamento jurídico que garante a concentração da propriedade, como também o senso comum da sociedade no que se refere à questão fundiária é tarefa difícil de ser cumprida, devido aos inúmeros percalços impostos principalmente pelo Estado. O próprio Poder Judiciário impõe diversos entraves, principalmente do ponto de vista ideológico. O neutralismo no qual o juiz deveria fundamentar-se só se observa no plano formal do processo, em seu mais puro ritualismo<sup>36</sup>.

---

34 HONNETH, Axel in SOUZA, Jessé e MATTOS, Patrícia (Organizadores). *Teoria Crítica do Século XXI*, ed. AnnaBlume, p. 92. O autor, citando NANCY FRASER, afirma que “as regras que organizam a distribuição dos bens materiais derivam do grau de estima social desfrutado pelos grupos sociais, de acordo com as hierarquias institucionalizadas de valor ou uma ordem normativa”.

35 *Ibid.* P. 87. Segundo o autor: “Os conflitos sobre distribuição, contanto que eles não estejam meramente preocupados apenas com a aplicação das regras institucionalizadas, são sempre lutas simbólicas pela legitimidade do dispositivo sociocultural que determina o valor das atividades, atributos e contribuições. Desta forma, as próprias lutas pela distribuição, ao contrário da hipótese de Nancy Fraser, estão travadas em uma luta por reconhecimento”.

36 MIGUEL BALDEZ, *Sobre o papel do Direito na sociedade capitalista – Ocupações Coletivas*: Direito Insurgente, Ed. CDDH, 1989, Petropolis – RJ, p. 06 – Segundo o autor: “O juiz pode ser neutro (nem sempre será assim) em face

O Judiciário deve ser responsável pela criação de uma nova ordem social. A sentença nada mais é do que a mão do juiz, neste momento representante do próprio Estado, trazendo uma abstração personificada na lei para o caso concreto, intervindo de forma direta nas relações sociais. Seu neutralismo fica cada vez mais comprometido quando sua decisão recai sobre um conflito de classes. Desta forma, faz-se necessária uma desconstrução jurídica, com o surgimento de um novo direito criado nas relações concretas, insurgindo da classe trabalhadora, a partir do reconhecimento social de tais demandas.

As ocupações coletivas são uma esperança de quebra da proteção jurídica criada em torno da terra. Tal luta é marginalizada, criminalizada, criando um distanciamento entre as pessoas que integram a mesma comunidade, legitimando às avessas a proteção que é dada à propriedade. As ocupações são um ato político e jurídico que cria um modelo de aquisição coletiva da terra, rompendo o vínculo jurídico da propriedade e conseguindo a estima recíproca dos demais integrantes da coletividade. Através da ação dos movimentos sociais, fundados na utilização do instrumento das ocupações coletivas, é possível romper com o direito constituído, desconstruindo o ideal de concentração da terra, criando um novo direito baseado em relações sociais concretas, em que todas as demandas sociais são reconhecidas, legitimadas e aceitas<sup>37</sup>. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **Sobre o papel do Direito na sociedade capitalista – Ocupações Coletivas**: Direito Insurgente. Ed. CDDH, 1989, Petrópolis – RJ.

\_\_\_\_\_. **A questão agrária**: a cerca jurídica da terra como negação da justiça.

FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**, Sergio Antônio Fabris Editor, 1º ed. 1988.

HONNETH, Axel *in* SOUZA, Jessé e MATTOS, Patrícia (Organizadores). **Teoria Crítica do Século XXI**, ed. AnnaBlume.

---

*das partes, autor e réu, mas não é neutro enquanto órgão do Estado, enquanto cultural e ideologicamente comprometido com a normatividade jurídica própria de uma sociedade de classes”.*

37 LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** Ed. Brasiliense. O autor se pronuncia de forma brilhante sobre o tema no trecho: “Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas”.

HONNETH, Axel, **Luta por Reconhecimento, A gramática moral dos conflitos**. São Paulo: editora 34, 2009, p. 31 e 32.

LYRA FILHO, Roberto. **O que e Direito**, Ed. Brasiliense.

MARTINS, José de Souza. **Os Camponeses e a Política no Brasil**, Ed. Vozes, Petrópolis, 1981, p. 42.

\_\_\_\_\_. **O Cativo da Terra**, Ed. Ciências Humanas, São Paulo, 1979.

STEDILE, João Pedro. **Nota sobre os 40 anos do Estatuto da Terra**.

# Direitos Humanos e Diversidade Sexual: Uma Mirada Crítica

## Renan Quinalha

*Advogado e ativista de direitos humanos. Tem formação em Direito e Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo (USP), onde cursou o mestrado em Sociologia Jurídica e, atualmente, é doutorando em Relações Internacionais. Foi assessor da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo e Visiting Research Fellow na Brown University (EUA).*

- *Você acha então que devia ser permitido casamento entre pessoas do mesmo sexo?*
- *Seria engraçado. E quando um casamento desses se desfizesse quem reclamaria pensão de quem?*

(Cassandra Rios, em entrevista para **Revista Realidade**, 1970, n. 48, p. 122.)

O trecho citado integra uma entrevista que foi concedida pela escritora lésbica Cassandra Rios para a **Revista Realidade**, em 1970, durante o auge da repressão política e moral da ditadura civil-militar que governou o país entre 1964 e 1985<sup>1</sup>.

Cassandra não se opôs abertamente ao regime autoritário, mas sofreu duramente o peso do moralismo que orientou a censura na época. Pode-se afirmar que ela foi a mais perseguida escritora na história da literatura brasileira: trinta e seis livros de sua autoria foram proibidos e retirados de circulação sob acusação de serem pornográficos ou de abordarem temas inaceitáveis, como a lesbianismo<sup>2</sup>.

---

1 Diversas análises sobre as complexas relações entre a ditadura e as homossexualidades podem ser encontradas em GREEN, James. N. e QUINALHA, R. H. (Orgs.). **Ditadura e homossexualidades**: repressão, resistência e a busca da verdade. 1. ed. São Carlos: EdUFSCar, 2014.

2 Sobre a história da vida e da produção literária de Cassandra, vale consultar o documentário: **Cassandra Rios - a Safo de Perdizes**. Ano de produção: 2013. Dirigido por Hanna Korich. Duração: 62 minutos.

Curiosamente, os anos 50 e 60 do século passado marcam, apesar do crescente autoritarismo pós-1964 e do controle moral nele embutido, um intenso florescimento das artes e da sociabilidade homoeróticas no Brasil. A repressão que se abateu sobre as práticas sexuais consideradas dissidentes conviveu, em complexa relação, com a emergência de novas formas de vida, como com a expressão social e cultural dos desejos e dos afetos desses grupos “desviantes”.

Essa entrevista, feita nesse contexto, com Cassandra Rios revela bem tal ambiguidade. Fugindo de falar expressamente sobre os temas mais perigosos do ponto de vista da censura, a entrevistada não deixa de dar suas opiniões como lésbica que vinha sofrendo pessoal e profissionalmente com o conservadorismo alçado à política de Estado da ditadura.

Apesar de respostas mais longas e menos cifradas nas outras questões da entrevista, é interessante notar como Cassandra esquiva-se sobre tal pergunta referente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, um tema bastante polêmico para a época em que predominava uma visão religiosa sobre o matrimônio. E, de forma bem-humorada, ela não chegou a se dizer abertamente favorável ou contrária. Antes, ela afirmou que “seria engraçado”, diante da desorganização dos papéis tradicionais de gênero que decorreria provavelmente de uma união “entre iguais”, a grande questão seria saber quem pagaria a pensão a quem depois da separação. Afinal, em um mundo cindido no qual os homens deviam trabalhar e ocupar os lugares públicos e as mulheres deveriam cuidar do lar e manterem-se no âmbito doméstico, seria no mínimo intrigante saber quem deveria ajudar na sobrevivência de quem após o fim do matrimônio.

Dando o desconto da ironia na resposta, é certo que ela tinha uma opinião formada sobre esse assunto, que lhe dizia respeito diretamente como homossexual. Inclusive, na prática, já havia muitos casais homossexuais existentes de fato ainda que não de direito. No entanto, seu discurso não carrega a perspectiva militante de defesa de um direito de igualdade em relação aos heterossexuais. Por outro lado, tampouco sua fala reflete a repulsa moral dominante que combatia qualquer forma de amor e de união que não fosse entre um homem e uma mulher.

Essa resposta de Cassandra, em suma, é simbólica por ilustrar a dificuldade posta, na época da ditadura, para o reconhecimento legal e institucional de qualquer direito dos homossexuais, ainda que eles estivessem vivendo seus encontros sexuais e afetivos às margens do ordenamento

jurídico. Os guetos que restavam para a vivência do amor entre iguais não se refletiam em uma aceitação social ou uma integração institucional. Conforme a resposta da escritora indica, naquele momento, sequer parecia possível pensar ou imaginar um casamento entre pessoas do mesmo sexo.

No entanto, esse cenário foi mudando, ainda que vagorosamente. A reivindicação de igualdade de direitos, especialmente quanto ao reconhecimento das uniões civis homoafetivas, tornou-se uma das principais bandeiras do movimento de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transgêneros (LGBT) no Brasil e mundo afora. Em vários lugares, tal direito já foi reconhecido, apesar das resistências advindas dos setores religiosos mais conservadores.

Em nosso país, somente mais de quatro décadas após essa entrevista e passados vinte e cinco anos de redemocratização do país foi que o Supremo Tribunal Federal (STF), em maio de 2011, julgou procedente a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 (ADPF 132), em conjunto com a ADI n. 4.227. Ela foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de equiparar as uniões civis homoafetivas às heterossexuais, conferindo-lhes os mesmos deveres e direitos.

Essa decisão foi bastante comemorada por diversos setores da sociedade brasileira, em especial do movimento de gays e lésbicas, por ampliar garantias familiares e sucessórias outrora restritas aos casais heterossexuais. Essa era uma reivindicação bastante antiga e central do movimento<sup>3</sup>. No entanto, essa mesma decisão veiculou uma série de concepções políticas e valores morais conservadores de uma sexualidade tida por ideal, sobretudo se observada à luz de teorias mais críticas sobre a diversidade de orientação sexual e de identidade de gênero<sup>4</sup>.

Não é nosso propósito aqui fazer uma longa análise do discurso judicial e de como os principais argumentos judiciais utilizados carregam determinadas compreensões normativas sobre a (homos)sexualidade que podem vir a reforçar, como efeito colateral, determinados padrões conservadores de comportamento sexual e afetivo nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. O intuito do presente artigo é apenas mapear as ambiguidades e tensões que estruturam a relação entre direito e diversidade sexual.

---

3 Um bom apanhado dos momentos mais marcantes da formação do movimento LGBT brasileiro, com registro das demandas e lutas em cada fase, pode ser encontrado em SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**. São Paulo: Perseu Abramo, 2008.

4 Uma análise detida dessa argumentação pode ser encontrada no artigo “Sexualidade ideal: ciladas da luta pelo casamento igualitário” que publicamos na **Revista Geni**, n. 15: <http://revistageni.org/09/a-sexualidade-ideal/>.

## O DIREITO POTENCIALIZA OU CONTROLA A DIVERSIDADE SEXUAL?

As complexas relações entre sexo e poder constituem um tema estudado por diversas abordagens e disciplinas acadêmicas. As escolhas sobre como organizar os arranjos familiares, as uniões conjugais e as formas de expressão do desejo são pontos de observação privilegiados do funcionamento e da dinâmica de uma sociedade.

Historicamente, diversas instituições foram estruturadas para dar conta da regulação das trocas afetivas e sexuais, bem como as configurações familiares aí implicadas. De modo geral, normas jurídicas e morais se conjugaram com o objetivo de dividir, classificar e hierarquizar os comportamentos entre aqueles considerados desejáveis, outros apenas toleráveis e aqueles tidos como inaceitáveis e que deviam ser banidos ou proibidos expressamente.

Assim, discursos religiosos, morais, médicos, jurídicos e de diversas outras ordens mesclaram-se de modo a produzir uma normalização, construída sempre em contextos socio-culturais específicos.

De algum modo, sucessivos deslocamentos foram-se operando entre esses discursos de diferentes ordens ao conceber a homossexualidade, por exemplo, como um pecado (religião), ou como um perigo social (criminologia), depois como uma doença (medicina), mais tarde como algo amoral ou ilegal (direito). Evidentemente, na prática e na história, esses discursos se fundem e não se excluem mutuamente. Antes, eles convivem e se retroalimentam, em permanente tensão, na tarefa de tornar determinados comportamentos normais ou anormais na sociedade<sup>5</sup>.

O direito, em especial, sempre cumpriu um papel central nessa normalização de uma ordem sexual, por ser visto como um tipo de racionalização da convivência humana mais “moderna”, “técnica” e “imparcial” em relação às demais normas sociais. Usado muitas vezes para proibir comportamentos, como um reflexo da dimensão negativa da interdição do poder, o direito também serviu, outras tantas vezes, para permitir certas condutas e até mesmo estimulá-las. Assim, o direito acaba sendo um instrumento também de um poder positivo e produtivo, que regula os direitos e deveres não por interditos, mas por incentivos<sup>6</sup>.

5 Para uma leitura da história da homossexualidade masculina no Brasil a partir dessas chaves discursivas, suas tensões internas e deslocamentos, vale consultar o trabalho de GREEN, James N. **Além do Carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil** do século XX. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

6 A teoria política foucaultiana ainda é a referência fundamental para essa compreensão do poder enquanto relação e com uma dimensão marcante de positividade, sobretudo para contestar a clássica “hipótese repressiva” no campo da sexualidade. Cf. FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

Considerando essa dimensão ambivalente da existência da contribuição dada pelo direito no processo de modernização das sociedades ocidentais, torna-se pertinente questionar em que medida a enunciação de liberdades públicas pela via do direito teria um potencial emancipador ou, ao contrário, todo o impulso de universalização de garantias jurídicas seria sorvido pela normalização vigilante dos modos de vida?

Em outras palavras, ao mesmo tempo em que a garantia de direitos abre um campo de embates para sua própria realização concreta, mobilizando novos atores e estratégias de lutas para efetivar cada conquista, também ele pode ser decisivo para forjar subjetividades à luz de suas prescrições morais e princípios estreitos, reduzindo a diversidade de modos possíveis de vida e de desejo em uma abstração e uma universalização típicas da regulação jurídica. Ademais, por meio das promessas de direitos, pode auxiliar a promover uma assimilação dos movimentos sociais, despolitizando os conflitos e tornando-se, em verdade, um dispositivo de gestão das expectativas sem transformações mais profundas na estrutura social.

No campo dos direitos de sexualidade, essa tensão entre reconhecimento e colonização ou, para radicalizar a oposição, entre libertação e opressão parece atingir um ponto privilegiado para análise. Por essa razão, sempre repousa um juízo de valor ambíguo por trás dessa figura da regulação jurídica, que fascina e que preocupa aqueles que buscam uma política radical da sexualidade, tanto do ponto de vista intelectual quanto do militante. Normalmente, estes reconhecem as conquistas, mas ressaltam as limitações também dessa via de encaminhamento dos conflitos.

Isso porque o sistema jurídico constitui um suporte fundamental de estabilização identitária e, muitas vezes, de naturalização de desigualdades e diferenças nas sociedades ocidentais modernas. Ao enquadrar as relações sociais e seus agentes a partir da categoria universal de sujeito de direito, esse mecanismo opera uma redução da complexidade dessas relações e promove, simultaneamente, tanto a imposição de identidades como a atribuição de certas garantias jurídicas<sup>7</sup>. Além disso, hierarquiza

<sup>7</sup> Essa relação entre o político e o jurídico é bem explorada por Butler, que afirma que “a construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e exclusão, e essas operações políticas são efetivamente ocultas e naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como seu fundamento. O poder jurídico ‘produz’ inevitavelmente o que alega meramente representar – função dual do poder: jurídica e produtiva”. BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro, 2003, p. 19.

os diferentes modos de vida, separando-os entre os lícitos e os não lícitos ou, para usar uma linguagem mais comum e menos técnica, contribui para traçar os contornos sociais entre aqueles considerados “normais” e os “anormais”.

Por isso, é preciso sempre uma cautela ao se analisar as ambiguidades e tensões presentes nos processos de reconhecimento de direitos.

## **CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: QUEM RECLAMA A PENSÃO DE QUEM?**

Retomando a provocação de Cassandra Rios: quanto efetivamente avançamos ao reconhecer o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo com base na normalização e no controle das práticas sexuais de pessoas LGBT? Será que ao invés de mudar o curso da cultura hegemônica, os homossexuais não estariam agora ajudando a afirmar essa mesma cultura? Ao deixar de lutar pela derrubada da regulação da monogamia pelo casamento e a festejar a liberdade sexual de que os homossexuais gozavam, os casais do mesmo sexo não estariam apenas se enquadrando nas normas de direitos familiares e sucessórios sem desafiar o direito com suas perspectivas emancipatórias de diversidade?

A questão não é, que fique bem claro, a constituição ou não de famílias ou o seu reconhecimento jurídico. As famílias e os casamentos homossexuais já são, felizmente, um fato na vida de muitos brasileiros. Como bem apontou Eribon, a renúncia forçada a um convívio familiar mais tradicional pode ser uma das causas do “por que é tão poderosa a vontade de certos gays (e lésbicas) de serem reconhecidos como casais ou famílias legítimas por seus próximos (e, principalmente, por suas próprias famílias), mas igualmente pela sociedade (e, logo, pelo direito). Assim, não se trata apenas de adotar ‘modelos’ heterossexuais, como às vezes se ouve dizer (‘macaquear os héteros’, dizem os gays que fazem questão de ficar fora de qualquer quadro institucional reconhecido), mas, de modo mais fundamental, de reencontrar uma ancoragem familiar perdida e talvez de restabelecer, por esse meio, laços com a família que foi deixada, ou até de se inserir novamente na vida ‘normal’ ao se reinscrever na sequência das gerações”<sup>8</sup>.

---

8 ERIBON, Didier. *Reflexões sobre a questão gay*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008, p. 52.

Diz ainda esse autor que se deveria evitar “opor os gays ligados a um modo de vida fora de todo reconhecimento institucional e até jurídico, e, para muitos deles, a uma sexualidade livre e aberta sobre a multiplicidade dos parceiros, àqueles que preferem viver em casal e aspirar a um registro pelo direito dessa união”<sup>9</sup>. Antes de uma oposição, como um discurso homofóbico quer fazer crer (“se serve do fato de que alguns não querem ouvir falar de casamento para recusar o direito àqueles que desejam poder ter acesso a ele”<sup>10</sup>), esses dois campos estão interligados de modo bastante íntimo. A tal ponto, que se poderia dizer que a abertura da instituição matrimonial para os casais gays significaria, por si, uma subversão estrutural dos modos de vida padrões heterossexuais. Em outras palavras, “é a dessacralização do casamento que torna possível a própria reivindicação de que se deva abri-lo aos casais do mesmo sexo”<sup>11</sup>.

Não se pode esquecer que o casamento, enquanto instituição que cruza a vida civil e a vida religiosa, já mudou muito no último século. Exemplo disso, nos anos 60, é a importante virada de paradigma nas relações sexuais e afetivas. Os modos tradicionais de relações conjugais foram se transformando e cedendo lugar para práticas mais modernas. A união pelo dever herdado das famílias, geralmente para fazer a vontade do pai, deslocou-se para a busca de realização de um amor genuíno ou, pelo menos, para uma vontade mais legítima das partes interessadas. Além disso, a reprodução deixou de definir, com exclusividade, a sexualidade, que passou a ser vista também como fonte de desejos e de prazeres. Sem falar, ainda, no divórcio, que fragilizou a visão mais tradicional do casamento como uma união de toda uma vida e inquebrantável.

Todos esses deslocamentos foram importantes para chegar ao ponto do reconhecimento das uniões homoafetivas. O desejo de constituição de famílias tem toda a sua razão e legitimidade em nossa sociedade que valoriza esses modos de vida em detrimento de outros. Também a reivindicação republicana por igualdade de direitos deve ser apoiada. Inclusive porque têm potencial de transformar as relações sexuais hegemônicas ou normalizadas. No entanto, é preciso certo discernimento para não operar com a lógica da hierarquização e da exclusão quando se luta pelo reconhe-

---

9 *Ibidem*, p. 55.

---

10 *Ibidem*, p. 55.

---

11 *Ibidem*, p. 55.

cimento de um novo direito, sob pena de reafirmar-se um sistema sexual estratificado e excludente.

O que é fundamental, nessa inescapável ambiguidade entre reconhecimento e normalização no campo do direito da sexualidade, é compreender que, no caminho do armário para o altar, há uma série de armadilhas identitárias que não podem ser desprezadas, mas tampouco podem ser o destino final dessa viagem. Só assim o direito servirá a uma efetiva universalização da igualdade e do respeito à diversidade. ❖

# O Ministério Público e os Direitos Humanos

**Rômulo de Andrade Moreira**

*Procurador de Justiça do Ministério Público da Bahia  
e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade  
de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.*

Tratar do Ministério Público brasileiro e dos Direitos Humanos é de uma pertinência temática indiscutível, pois não se pode e não se deve simplificar e resumir as atribuições do Ministério Público apenas e tão somente ao Processo Penal e ao seu “papel” de acusador público.

Em definitivo, esta não é apenas a sua atribuição, ao menos nos moldes da normatividade constitucional brasileira. É preciso atentar-se para a relevância que a instituição tem na defesa intransigente e corajosa dos direitos humanos, direitos fundamentais e indisponíveis.

Nesse sentido, a Constituição Federal concebeu o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Estabeleceu, outrossim, como seus princípios, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, assegurando-lhe também a autonomia funcional e administrativa (art. 127).

Dentre as suas atribuições, releva notar a defesa dos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, tais como o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, inclusive os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129). Assim, deve o Ministério Público atuar em várias áreas, e não somente em matéria criminal.

Afinal de contas, como já escreveu Claus Roxin, o Ministério Público *“no es una institución sin vida, que ha quedado de lastre, y, en todo caso, sólo merecedora de un festejo por sus cien años de existencia. Detrás de ella quedan cien años de contribuciones exitosas, que lo han legitimado*

*como indispensable para el futuro. Empero, el tiempo de su realización todavía en todos los puntos con su función vinculada al Estado de Derecho y sus funciones político-sociales, que abarcan desde combatir el delito hasta la resocialización del delincuente, serán pronto todavía más completas que lo que han sido hasta ahora. Si se puede brindar con franqueza, no sólo por el pasado, sino también por el futuro de quien cumple años, ello es una razón para el júbilo. Tal razón existe hoy.”* (ROXIN, 2000, p. 57).

Nada obstante ser uma instituição secular, com razão parece-nos Julio Maier ao afirmar que *“la institución no parece haber alcanzado su mayoría de edad, mucho menos entre nosotros: por ello me he permitido titular su historia como la de un adolescente.”* (MAIER, 2000, p. 35).

Para a defesa eficaz e destemida dos direitos humanos é fundamental que o Ministério Público tenha absoluta independência em relação às demais esferas de Poder, obviamente tendo sempre algum mecanismo de controle externo, mais eficaz, inclusive, do que o Conselho Nacional do Ministério Público, cujos integrantes, em sua maioria, compõem a própria Instituição (!). Não nos evidencia republicana e democraticamente salutar que se exerça alguma parcela de poder sem um inafastável controle de natureza “extramuros”, já que o controle interno é, verdadeiramente, um “não controle”, por sua própria natureza.

Aliás, sobre a independência do Ministério Público no sistema jurídico italiano (cuja carreira coincide com a da Magistratura), Carlo Guarneri, afirma *“che a grandi linee caratterizza tutti i principali regimi liberal-democratici, sembrano essere proprio quelle, da un lato, di evitare indebite interferenze da parte dell’ambiente politico sull’esercizio delle funzioni d’accusa - soprattutto nei singoli casi - e, dall’altro, di creare dei meccanismi - che potremmo definire di regolazione istituzionale - in grado di influenzare in generale la politica penale degli uffici del pubblico ministero e di farlo fungere così da contrappeso nei confronti di giudici politicamente indipendenti.”* (GUARNIERI, 1984, p. 179)

Mas, se hoje temos um Ministério Público “relativamente” independente (pois é discutível a forma de escolha da chefia institucional) por força dos dispositivos constitucionais acima referidos, o certo é que nem sempre foi assim.

Com efeito, até 1988, o Ministério Público brasileiro não tinha independência e autonomia, seja do ponto de vista institucional, seja do ponto de vista da atuação dos seus membros.

Especialmente durante o regime militar, podemos mesmo afirmar que o M.P. foi leniente com a violência estatal/institucionalizada, aqui mais particularmente o Ministério Público Militar. É fato histórico. Institucionalmente vergonhoso, mas que deve ser registrado (e nem sempre o é) até para que erros pretéritos não se repitam, afinal de contas também aprendemos com os percalços e os infortúnios do passado.

Como bem lembra Bruno Amaral Machado, *“a Constituição de 1946 desvinculou o Ministério Público dos poderes do Estado, conferindo-lhe garantias de estabilidade e inamovibilidade, e estabeleceu regras para ingresso na carreira e promoção. A Constituição de 1967, outorgada durante o período militar, manteve a estrutura anterior, mas foi em seguida alterada pela Emenda de 1969, que transferiu o Ministério Público ao Poder Executivo, incrementando-se as funções do chefe da instituição, livremente nomeado e demitido pelo Presidente da República. Em síntese, as constituições do período republicano caracterizaram-se por manter a dependência do procurador-geral da República e dos procuradores-gerais dos estados em relação ao Poder Executivo. Um dos principais instrumentos para efetivar a dependência em relação ao poder político implementava-se com o poder para nomear e demitir o procurador-geral a qualquer tempo. A análise do período sugere que havia imposição do mundo da política sobre a organização do Ministério Público. O **ethos** do profissionalismo sucumbia, assim, à política convencional.”* (MACHADO, 2014, p. 87).

Dessa maneira, quando mais se precisou do Ministério Público não se obteve resposta da instituição, ressaltando, por óbvio (e nem era preciso fazê-lo) os homens de coragem que resistiram e, como puderam, dignificaram a profissão.

É bem verdade (justiça seja feita) que a ordem constitucional então vigente não ajudava. Tivemos, inclusive, os Atos Institucionais quando até a utilização do *Habeas Corpus* foi limitada em relação aos crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, nos termos do art. 10 do Ato Institucional nº. 05, “o mais cruel de todos”.

O Ministério Público estava silente, refém do Poder político, sem meios normativos para combater a violência institucionalizada, mesmo porque sem nenhum tipo de garantia para seus membros ou mesmo para a instituição.

Havia, na verdade, uma verdadeira “*subserviência, muitas vezes revelada, de membros dos Conselhos e do Ministério Público perante as unidades especiais de repressão. (...) Em geral, as denúncias na Justiça Militar, por crimes contra a Segurança Nacional, eram vagas e imprecisas. Chegava-se mesmo a dizer, genericamente, que o acusado era subversivo ou que havia praticado atos de subversão, sem descrevê-los devidamente. As testemunhas arroladas ao final, pelo promotor, frequentemente declaravam desconhecer os fatos narrados ou, no máximo, pretendiam testemunhar ‘por ouvir dizer’. As denúncias por crimes contra a Lei de Segurança Nacional eram geralmente ineptas, reticentes, e até mesmo ardilosas, não contendo todos os requisitos legais exigidos. Muitas vezes narravam fatos que não eram crimes, mas simples exercício de manifestação do pensamento, de liberdade de opinião, de reivindicação legal. Os prazos processuais para o oferecimento da denúncia quase nunca eram respeitados na Justiça Militar. Os acusados estavam presos e assim permaneciam por longos meses até que a denúncia fosse formalizada.*” (ARNS, 2014, p. 178/186)

Não era mesmo fácil, o que não justificava a omissão, obviamente, afinal de contas destemor não é atribuição que se inscreve em lei, nem defender e atuar em prol dos direitos humanos necessita de alguma autorização normativa.

A situação agravava-se, pois o Ministério Público Militar era obrigado a recorrer para o Superior Tribunal Militar sempre que havia a rejeição da denúncia pelo Juiz Militar ou em relação à sentença absoluta, conforme dispunha o art. 73 do Decreto-Lei 898, a antiga Lei de Segurança Nacional.

Muito difícil deve ter sido a vida, àquela época, de um membro do Ministério Público com alguma carga de humanidade, tendo que trabalhar em tempos tão sombrios, imputando acusações infundadas, sem “justa causa”, acusando homens que lutavam pela restituição do que eles próprios mais desejavam: a Democracia. Que tarefa inglória! Para os seguidores e ideólogos do regime, sem problemas, sem cargas, muitíssimo pelo contrário. Loas e promoções, inclusive!

E a defesa dos direitos humanos, então?

Restou, como se sabe, aos corajosos advogados lutar pelos direitos e garantias fundamentais, defendendo os perseguidos pelo regime, acusados justamente pelo Ministério Público por crimes supostamente de natureza política.

A propósito dos direitos humanos, Boaventura de Souza Santos afirma que a sua hegemonia, *“como linguagem de dignidade humana, é hoje incontestável. No entanto, esta hegemonia convive com uma realidade perturbadora. A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discursos de direitos humanos. Deve, pois, começar por perguntar-se se os direitos humanos servem eficazmente à luta dos excluídos, dos explorados e dos discriminados ou se, pelo contrário, a tornam mais difícil. Por outras palavras, será a hegemonia de que goza hoje o discurso dos direitos humanos o resultado de uma vitória histórica ou, pelo contrário, de uma derrota histórica? Qualquer que seja a resposta dada a estas perguntas, a verdade é que, sendo os direitos humanos a linguagem hegemônica da dignidade humana, eles são incontornáveis, e os grupos sociais oprimidos não podem deixar de perguntar se os direitos humanos, mesmo sendo parte da mesma hegemonia que consolida e legitima a sua opressão, não poderão ser usados para a subverter? Ou seja, poderão os direitos humanos ser usados de modo contra-hegemônico? Em caso afirmativo, de que modo? Estas duas perguntas conduzem a duas outras. Por que há tanto sofrimento humano injusto que não é considerado uma violação dos direitos humanos? Que outras linguagens de dignidade humana existem no mundo? E, se existem, são ou não compatíveis com a linguagem dos direitos humanos?”* (SANTOS, 2014, p. 15).

São indagações, diríamos, quase desconcertantes e que também devem ser alvo de uma reflexão séria do Ministério Público.

Também a respeito, Luigi Ferrajoli, após afirmar que *“la definizione di ‘diritto fondamentale’ è non meno ardua e problematica di quella di ‘diritto soggettivo’*”, define os direitos fundamentais como *“tutti quei diritti che spettano universalmente a ‘tutti’ o in quanto ‘persone naturali’, o in quanto ‘cittadini’, o in quanto persone naturali ‘capaci d’agire’ o in quanto ‘cittadini capaci d’agire’. Questa definizione enuncia due principi, corrispondenti ai due connodati da essa associati ai diritti fondamentali ed entrambi essenziali allo stato democratico di diritto. Il primo principio è che i diritti fondamentali sono diritti soggettivi, ossia interessi giuridicamente protetti in forma di aspettative positive o negative, spettanti solo alle persone naturali, e non anche a quelle artificiali. Il secondo principio espresso dalla nostra definizione è quello già detto - e assai più importante - che i diritti fondamentali sono diritti ‘universali’, cioè spettanti a tutti in condizione di uguaglianza.”* (FERRAJOLI, 2007, p. 725)

Em alguns países, a defesa dos direitos humanos situa-se especialmente na órbita das atribuições do “Defensor del Pueblo”, como, por exemplo, na Espanha, onde o art. 54 da Constituição institui o chamado “*Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.*”

Segundo Antonio Perez Luño, “*el antecedente inmediato de la figura del Defensor del Pueblo en el constitucionalismo comparado es la institución sueca Ombudsman, que adquirió su configuración precisa en los inicios del pasado siglo. El Ombudsman, que significa en sueco ‘mandatario’ o ‘representante’, es una personalidad de probados conocimientos jurídicos e integridad moral elegida por el Parlamento para investigar las quejas de los ciudadanos frente a las actuaciones de los funcionarios públicos.*” (LUÑO, 1993, p. 101)

Em nosso Continente, também está presente esta figura do “Defensor do Povo” em quase todos os países.

Na Argentina, por exemplo, dispõe o art. 86 da Constituição que “*el Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.*”

Na Bolívia, esta instituição está prevista no art. 127: “*El Defensor del Pueblo vela por la vigencia y el cumplimiento de los derechos y garantías de las personas en relación a la actividad administrativa de todo el sector público. Asimismo, vela por la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos. El Defensor del Pueblo no recibe instrucciones de los Poderes públicos. El presupuesto del Poder Legislativo contemplará una partida para el funcionamiento de esta institución.*”

Na Colômbia, a Constituição dispõe:

*“Artículo 281. El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República.*

*“Artículo 282. El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones: 1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado. 2. Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza. 3. Invocar el derecho de Habeas Corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados. 4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley. 5. Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia. 6. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia. 7. Rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones. 8. Las demás que determine la ley.”*

*“Artículo 283. La ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo.”*

*“Artículo 284. Salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo podrán requerir de las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérseles reserva alguna.”*

No Ecuador, assim está consignado no texto constitucional:

*“Art. 214.- La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público com jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior.”*

*“Art. 215.- La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del*

*Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes: 1. El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados. 2. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos. 3. Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos. 4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas.”*

No Paraguai, o Defensor do Povo está previsto nos arts. 276 e seguintes da Constituição, nos seguintes termos: *“El Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la profesión de los intereses comunitarios. En ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva.”* Ele gozará *“de autonomía e inamovilidad. Es nombrado por mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por el Senado, y durará cinco años en sus funciones, coincidentes con el período del Congreso. Podrá ser reelecto. Además, podrá ser removido por mal desempeño de sus funciones, con el procedimiento del juicio político establecido en esta Constitución”* e *“deberá reunir los mismos requisitos exigidos para los Diputados, y tiene las mismas incompatibilidades e inmunidades que las de los magistrados judiciales. Durante su mandato no podrá formar parte de ningún poder del Estado ni ejercer actividad político partidaria alguna.”*

Neste País, *“son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo: recibir e investigar denuncias, quejas y reclamos contra violaciones de los derechos humanos y otros hechos que establecen esta Constitución y la ley: requerir de las autoridades en sus diversos niveles, incluyendo los de los órganos policiales y los de seguridad en general, información para el mejor ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna.*

*Podrá acceder a los sitios donde se denuncie la comisión de tales hechos. Es también de su competencia actuar de oficio; emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a los derechos humanos; informar anualmente de sus gestiones a las Cámaras del Congreso; elaborar y divulgar informes sobre la situación de los derechos humanos que, a su juicio, requieran pronta atención pública, y los demás deberes y atribuciones que fije la ley.”*

Por fim, no Peru, o art. 161 da Constituição prevê a “Defensoría del Pueblo”, com ampla autonomia em relação aos demais órgãos públicos. “*El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal. Goza de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas. Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad y ser abogado. El cargo dura cinco años y no está sujeto a mandato imperativo.*” Os Defensores do Povo tem as seguintes atribuições constitucionais:

*“Artículo 162.- Atribuciones de la Defensoría del Pueblo Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que éste lo solicita. Tiene iniciativa en la formación de las leyes. Puede proponer las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones. El proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.”*

E o que se dá no Brasil, mais particularmente, em relação ao Ministério Público, objeto de nosso trabalho, ressaltando, por óbvio, a importância fundamental da Defensoria Pública, igualmente Função Essencial à Justiça e, desgraçadamente, tão desprestigiada em nosso País pelo Poder Executivo. Feita esta ressalva, vejamos.

Com a chamada “redemocratização” e o restabelecimento do Estado Democrático de Direito (em termos, é bem verdade) a feição do Ministério Público sofreu uma mudança substancial (e não meramente formal). Basta conferir a Seção I do Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal

reservada para as assim chamadas “Funções Essenciais à Justiça”. Faz gosto em ler. É uma verdadeira carta de intenções. Poderia ser muito bem convertida em uma ode.

Todos sabem a respeito do que escrevemos, razão pela qual não precisamos repetir trechos de artigos da Constituição Federal. Seria enfadonho. Mas, tudo está lá, com todas as letras: significantes e significados.

E o Ministério Público brasileiro assimilou as suas novas atribuições constitucionais: ações por atos de improbidade administrativa, ações civis públicas, pululam. A sociedade sentiu a contribuição e deu o retorno, prestigiando a instituição que, conseqüentemente, pode dar uma estrutura bem melhor aos seus integrantes, além de melhores condições de trabalho, incluindo os próprios vencimentos.

É bem verdade que esse protagonismo institucional esbarra muitas vezes no “pacto republicano”. E isso não é um mero detalhe. É, sobretudo, uma preocupação. Pode haver no futuro (ou talvez já exista no presente) um desgaste. Afinal de contas, são muitas prioridades e, às vezes, poucos recursos financeiros.

De toda maneira, o Ministério Público do Brasil, como poucos, é zeloso no trato em relação à salvaguarda dos direitos humanos. Também é um fato indiscutível. Seja o Ministério Público Federal, do Trabalho, seja o Estadual. Seus integrantes, dentro de suas respectivas atribuições funcionais, atuam com rigor em defesa dos direitos humanos. São apurados e denunciados crimes praticados por grupos de extermínio, delitos sofridos por líderes de movimentos ambientais, sindicais, etc. Devemos referir igualmente a defesa das crianças e dos adolescentes, mulheres, idosos, deficientes e outros (ditos) vulneráveis. Aqui, o trabalho do Ministério Público brasileiro é, inegavelmente, dos melhores, certamente não havendo similaridade no Direito Comparado, mesmo porque a normatividade constitucional, como foi dito acima, foi de uma generosidade ímpar com a instituição.

Com razão Rubens Casara anota que uma *“análise comparativa da estrutura e o funcionamento do Ministério Público nos diversos países revelam o caráter idiossincrático da instituição. De fato, o Ministério Público brasileiro pós-1988 apresenta características e potencialidades únicas, que o diferenciam, tanto do modelo estadunidense do **prosecutor**, eleito pelo povo e com amplas atribuições (dentre elas, a **plea negotiation** - que permite, por meio do instituto do **plea bargain**, verdadeira ‘negociação’*

*com o acusado, uma incursão no terreno do tribunal, com o afastamento de garantias individuais e a escolha de sanções), quanto do modelo francês (europeu continental), no qual as funções do Ministério Público se circunscrevem, basicamente, à acusação e à sustentação da pretensão em juízo.”*

Casara, no entanto, adverte ser “*indispensável distinguir o ideal do real. Perceber que o processo de construção do Ministério Público não se encerrou. Distorções, ainda, são constantes. Tem-se, por exemplo, que o Ministério Público, apesar de ser uma instituição recente, em sua gênese comprometida com a superação de distorções verificadas no exercício da função jurisdicional, infelizmente, acaba por reproduzir as mesmas distorções. Sem dúvida, surpreende que sintomas que remontam à origem aristocrática do Poder Judiciário acabem reproduzidos no seio do Ministério Público. De igual sorte, causa preocupação que agentes estatais encarregados da defesa da legalidade democrática, da mesma maneira que os membros da magistratura, não escapem da tentação populista, de atender aos anseios midiáticos, de atuar voltado à satisfação da opinião pública (ou, quiçá, da opinião pblicada).*” (CASARA, 2015, p. 156)

Nada obstante, apesar de todas as homenagens que devem ser merecidamente prestadas, parece-nos haver um déficit da instituição, ou melhor, de alguns de seus membros, relativamente ao zelo em relação aos direitos humanos, quando se trata de pessoas sujeitas à persecução penal. Explico melhor em seguida, fazendo inclusive um rápido esboço histórico/político e uma abordagem do ponto de vista da liberdade de imprensa.

Inicialmente, observa-se que no processo penal a pretensão acusatória é do Estado (vista aqui com o devido cuidado para que não se confunda nem com a pretensão punitiva nem com a pretensão civil “*carne-luttiana*”). Em particular, no Brasil, quem a exerce em juízo é o Ministério Público, salvo, excepcionalmente, em crimes de ação penal de iniciativa privada. Assim estabelece o art. 129, I, da Constituição Federal.

Porém, a persecução estatal inicia-se antes mesmo da iniciativa do Ministério Público, quando da investigação preliminar, também sob a responsabilidade do Estado (em regra da Polícia).

Nos dois momentos, ou seja, durante a investigação criminal e a partir do início da ação penal, há sempre um sujeito submetido ao crivo estatal, seja como investigado (inclusive sem direito à ampla defesa e ao

contraditório plenos), seja como acusado formalmente pela prática de um crime. A situação, em ambas as hipóteses, é de todo vexatória, a exigir um olhar atento para se evitar mais constrangimentos do que aqueles inerentes à própria atividade persecutória.

Deve-se, então, exigir do próprio Estado cuidado para que direitos e garantias fundamentais do homem não sejam sonogados. Espera-se que essa vigilância seja feita pelo Ministério Público, nos termos impostos pela Constituição Federal. Quanto a isso não há dúvidas.

Na fase da investigação criminal, dispõe a Constituição caber ao Ministério Público o controle externo da atividade policial. Aqui, portanto, deve-se atentar para a integridade física do indiciado/investigado, bem como para o seu patrimônio moral (honra, imagem, privacidade, intimidade, etc.).

Chegamos ao ponto! Mas, como dissemos acima, é preciso que façamos uma rápida e despretensiosa retrospectiva histórica para que possamos contextualizar a questão ora enfrentada, inclusive sob o aspecto do direito à liberdade de imprensa e dos direitos individuais.

Como se sabe, o Brasil atravessou um período relativamente longo no qual as liberdades públicas estiveram sacrificadas em razão de um regime político não democrático que se instaurou no País quando os militares depuseram um governo civil eleito legitimamente. Um golpe, não uma revolução. A partir dessa ruptura institucional (ilegítima), o País passou a viver à margem da Democracia, respirando um ar poluído pelo medo, pela desesperança, pelo arbítrio, pela desconfiança, pelas deslealdades, onde preponderavam as delações, premiadas ou não, a tortura, a corrupção, o coronelismo, a burocracia estatal, o emperramento da máquina administrativa, a incompetência na gestão pública, etc., etc. Salvava-se o futebol...

No plano internacional, enquanto o mundo dividia-se entre as duas superpotências, envoltas em uma perigosa guerra (fria), cada vez mais, e para sempre, obedecíamos às ordens dos Estados Unidos (até o nosso sistema jurídico, nada obstante a tradição do *civil law*, vive a copiar o *common law*: delação premiada, barganhas penais, relativização das provas ilícitas, privatização das prisões, etc.).

Naquele ambiente absolutamente sombrio, a imprensa sofria reveses cotidianos, subjugada pelo governo que dispunha de um órgão especialmente designado para fiscalizá-la, situação que se agravou sobremaneira após a publicação do Ato Institucional nº. 5, em 13 de dezembro

de 1968, só revogado em 13 de outubro de 1978, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 11. Mesmo com a revogação do Ato Institucional, a liberdade de imprensa continuou manietada. Os mais diversos meios de comunicação seguiram monitorados pela Censura Federal. Telenovelas não foram ao ar, mesmo após já gravados capítulos, redações de jornais foram invadidas, outros ficaram inviabilizados financeiramente, até fecharem as portas, jornalistas ameaçados e mortos, outros fugiram do País. Enfim, não havia liberdade de imprensa. Fingia-se que se informava e o povo fingia que era informado. E o governo militar, hipocritamente, flertava com alguma mídia em troca de algumas concessões.

Com a redemocratização do País, a partir da promulgação da Constituição, as liberdades públicas, em particular, a liberdade de imprensa, destacou-se. E era natural que assim o fosse. Era mesmo um desejo de todos nós, carentes que estávamos de uma informação livre, liberta dos grillhões dos militares. A imprensa libertou-se e isso foi muito bom. No texto constitucional ficou consignado: *“É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”* (art. 5º., XIV). Também: *“É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato.”* (inciso IV), assim como *“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”* (inciso IX).

E, então, onde quero chegar, se tudo parece muito óbvio? Bem, quando deixei o ensino médio optei pelo curso de Direito e, após concluí-lo, ingressei no Ministério Público (após uma rápida passagem pela Procuradoria da Fazenda Estadual), onde estou desde então, quase sempre atuando na área criminal. Além disso, dedico-me, estudando (muito) e ensinando (um pouco) Direito Processual Penal. Noto, a cada dia, que as coisas têm mudado muito. Assustadoramente, eu diria. Em que sentido? Explico.

É certo que há o interesse público em saber o resultado de um determinado julgamento judicial. Também está na Constituição que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos. Correto. Tudo faz parte do jogo democrático. Mas, é preciso que outras peças deste jogo sejam manejadas dentro do mesmo tabuleiro. É o mesmo jogo, são as mesmas peças, os mesmos jogadores e o mesmo tabuleiro. Vejamos, por exemplo, o que está escrito no art. 5º., X, da Constituição: *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegura-*

*do o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*”

Também a "Convenção Americana sobre Direitos Humanos" ("Pacto de São José da Costa"), promulgado no Brasil pelo Decreto Presidencial nº. 678/92 (com status de norma supralegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal), após estabelecer no art. 13 que *“toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão”*, afirma que o seu exercício estará sujeito *“a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas.”*

E o que vemos e lemos hoje, e há muito, nos telejornais, nas revistas, nos jornais, nas redes sociais, nos blogs, enfim, nos mais diversos meios de comunicação? Trechos de delações premiadas que deveriam estar, por força de lei, sob absoluto sigilo nos autos da investigação criminal, partes de depoimentos de testemunhas, de interrogatórios de indiciados, fragmentos de interceptações telefônicas e escutas ambientais também cobertas pelo sigilo (nem sempre autorizadas pela Justiça, portanto, às vezes clandestinas, criminosamente conseguidas), etc. E sempre material seletivamente fornecido pelos órgãos do Estado que têm a guarda dos documentos. Isso é fato. Réus (mais) pobres e ricos. Brancos e (mais) negros. Incluídos e (mais) excluídos.

E mais: até o cotidiano de pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais, onde se encontram sob custódia do Estado e, portanto, sob a responsabilidade do governo brasileiro, é devassado e vendido nas bancas de revista e exposta gratuitamente na rede mundial de computadores.

E há algo ainda mais grave. Se tais fatos não fossem um agravo absurdo do ponto de vista da vida privada e da intimidade da pessoa (que na esmagadora maioria das vezes ainda nem foi julgada), o prejuízo do ponto de vista processual é imenso, incomensurável, pois essa exposição midiática põe e expõe o julgador (e também o acusador) em uma situação de pressão junto à opinião pública da qual dificilmente ele se libertará corajosamente. O ato de acusar e o de julgar já estão viciados, contaminados pela pressão da mídia, pelo fato noticiado, pela capa da revista, pela manchete do jornal, pelos comentários dos amigos, enfim...

Ao final e ao cabo, condena-se não em razão das provas, mas em virtude das evidências noticiadas. A condenação impõe-se, não porque o Direito assim o exige, mas porque é preciso que o leitor e o telespecta-

dor tenham uma resposta (de preferência rápida, daí a razão das prisões provisórias infundas) acerca da informação dada, pois não é possível que depois de tantos fatos postos, tantas fotos postadas, não haja uma sentença dada, um castigo imposto! É assim a lógica do sistema, não? Esta foi a razão pela qual comecei lembrando os tempos difíceis do regime político comandado pelos militares brasileiros e como foi importante o papel da imprensa, seja resistindo (pelo menos uma parte dela, veja, por exemplo, o Pasquim), seja, após o fim da ditadura, fortalecendo o agora regime democrático.

A liberdade de imprensa é um valor a ser a todo instante preservado e conquistado. Os profissionais da imprensa devem ser sempre valorizados. Mas, é preciso, por outro lado, que sejam também respeitadas outras liberdades, também fundamentais. É a Constituição que exige. A Democracia custa muito caro para todos. É ônus e bônus. São deveres e direitos. É um verdadeiro “toma lá, dá cá” ético (se me entendem bem). Não é possível uma liberdade de imprensa que não encontre freios, como, obviamente, não se pode admitir uma censura à imprensa.

Não dá para admitir que trechos de uma delação premiada documentada em autos de uma investigação criminal esteja no dia seguinte estampada em uma folha de um jornal de circulação nacional ou em telejornal de grande audiência. Diga-se o mesmo em relação às interceptações telefônicas ou escutas ambientais. Não é possível! Pessoas presas, algemadas, que sequer foram indiciadas formalmente, não podem ser expostas publicamente.

É óbvio que isso gera um sentimento negativo que seguramente implicará, também negativamente, no momento de se fazer o juízo de acusação e, mais tarde, o juízo de condenação. Não, não é chegada a hora. Já passou o momento de repensarmos este modo de atuar. Nós que fazemos parte desta engrenagem chamada Justiça criminal: integrantes da Polícia, do Ministério Público, Magistrados e todos os outros.

Nós estamos lidando com gente e não estamos mais no século XVIII, quando *“o povo reivindicava seu direito de constatar o suplício e quem era supliciado”*, pois o *“condenado era oferecido aos insultos, às vezes aos ataques dos espectadores.”*

Afinal de contas, *“as pessoas não só tinham que saber, mas também ver com seus próprios olhos. Porque era necessário que tivessem medo; mas também porque deviam ser testemunhas e garantias da punição, e*

*porque até certo ponto deviam tomar parte nela. Ser testemunhas era um direito que eles tinham e reivindicavam; um suplício escondido é um suplício de privilegiado, e muitas vezes suspeitava-se que não se realizasse em toda a sua severidade. Todos protestavam quando no último instante se retirava a vítima aos olhares dos espectadores.”* (FOUCAULT, 1998, p. 49). Tudo muito parecido com o momento atual, só que este é um relato da França do século XVIII.

Somos seres racionais, trabalhamos com leis, normas jurídicas, princípios e regras, com uma Constituição, sobretudo. A imprensa, por sua vez, tem o dever republicano (e fundamental) de informar fatos efetivamente relevantes e importantes para a sociedade, além, claro, de entreter, divertir, etc., sem desabonar a honra das pessoas, desacreditá-las, ainda que, supostamente, tenham praticado algum delito. Isso se chama credibilidade. Um dia pode se perder.

Neste perigoso e insidioso contexto, é preciso que o Ministério Público, que se insere dentro do Sistema Jurídico, tenha muita atenção e cuidado para a advertência de Rui Cunha Martins:

*“O sistema jurídico tem de decidir se quer ser o redentor de promessas incumpridas patrocinando a vingança popular face à desigualdade socioeconômica persistente por intermédio do sacrifício dos privilegiados, algo que os sistema econômico nunca foi capaz de levar a cabo; se persistir neste caminho arrisca-se a ser o idiota útil de serviço; (ii) o protesto tem de decidir se quer ser o faxineiro de serviço de um sistema que se arrisca a ser o primeiro beneficiário com uma purga no seu interior, na certeza do seu robustecimento e do desvio das atenções das suas fragilidades e desmandos para uma responsabilização personalizada de alguns dos seus arautos; se persistir nesse caminho arrisca-se a ser (mais) um idiota útil da mercadoria.”* (MARTINS, 2013, p. 77)

Para concluir, afirmamos que o Ministério Público, além de não colaborar com esse tipo de abuso, deve, muito ao contrário, combatê-lo com eficácia, pois também assim estará contribuindo para a efetivação dos direitos humanos dos investigados, indiciados e acusados em geral. Este dever institucional revela-se absolutamente claro da leitura dos dispositivos constitucionais acima referidos. Não se pode tolerar, portanto,

que (alguns) membros da instituição compactuem com este tipo de prática nociva para a Democracia e estranha aos postulados republicanos. ❖

## REFERÊNCIAS

- ARNS, D. Paulo Evaristo, **Brasil Nunca Mais**, Petrópolis: Vozes, 2014.
- CASARA, Rubens R. R., **Mitologia Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi, **Principia Iuris - Teoria del Diritto e della Democrazia**, Roma: Editori Laterza, 2007.
- FOUCAULT, Michel, **Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões**, Petrópolis: Vozes, 1998.
- GUARNIERI, Carlo, **Pubblico Ministero e Sistema Politico**, Padova: CEDAM, 1984.
- LUÑO, Antonio E. Perez, **Los Derechos Fundamentales**, Madrid: Tecnos, 1993.
- MACHADO, Bruno Amaral, **Justiça Criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões**, São Paulo: Marcial Pons Editora do Brasil Ltda., 2014.
- MAIER, Julio B. J., **El Ministerio Público en el Proceso Penal**, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- MARTINS, Rui Cunha, **A Hora dos Cadáveres Adiados**, São Paulo: Atlas, 2013.
- ROXIN, Claus, **El Ministerio Público en el Proceso Penal**, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Souza, **Se Deus Fosse um Ativista dos Direitos Humanos**, São Paulo: Cortez, 2014.

# Direitos Humanos como Obstáculos à Eficiência do Estado

## (Ou o Desafio dos Direitos Humanos em Meio ao Ressurgimento de um Sistema de Justiça Penal Autoritário)

**Rubens Casara**

*Juíz de Direito do TJERJ. Vice-presidente do Fórum  
Permanente de Direitos Humanos - EMERJ.*

O Estado de Direito se apresenta em oposição ao Estado Policial, modelo tipicamente autoritário de Estado. Do ponto de vista histórico, o Estado de direito surge em um movimento de reação ao absolutismo e demais formas de autoritarismo, com a pretensão de impor limites ao Estado. A história, porém, demonstrou o fracasso desse projeto político: basta lembrar que o Estado Fascista italiano e o Estado Nazista alemão também se apresentavam como Estados de Direito (não por acaso, argumentos correntes nesses modelos autoritários podem ser encontrados, ainda hoje, nos teóricos e atores jurídicos que defendem a relativização dos direitos fundamentais e a ampliação do Poder Penal em diversos Estados de Direito, inclusive no Brasil).

Em vez de controlar o poder e projetar uma nova sociedade, o direito serviu (e, ainda, serve) para ocultar as relações de dominação política, exploração econômica e controle social da população indesejada. A funcionalidade real do “Estado de Direito” passou a ser a de facilitar a dissimulação das forças sociais e, assim, viabilizar a aparência de normalidade indispensável à manutenção desse sistema de dominação e exploração.

O Estado é, em essência, uma forma histórica, condicionada por uma tradição (no caso brasileiro, secularmente autoritária), de organiza-

ção e gestão jurídica do poder. Não raro, o Estado se “submete” a leis que não servem de verdadeiro óbice ao exercício do poder ou, em exercícios de malabarismo discursivo, através dos seus agentes (os intérpretes oficiais), viola os mais variados limites impostos na legislação, inclusive os semânticos. O Estado também se serve de leis que estimulam a ampliação do poder, isso através de conceitos abertos e indeterminados que propiciam perversões inquisitoriais e decisionismos das mais variadas ordens. Há, nesses casos, mera aparência, de limites legais, mero simulacro de democracia. A Constituição da República – tão desprezada pelo atual parlamento – falha, pois deve(ria) funcionar na racionalização da atividade estatal e integrar a pré-compreensão dos agentes estatais.

O Estado Constitucional é Estado de Direito, mas é mais do que isso: é sobretudo Estado democrático. Isso significa que o poder, além de limitado, deve exercer-se de forma democrática e direcionado à concretização do projeto constitucional (leia-se: voltado à realização dos direitos fundamentais de todos). O Estado Democrático de Direito, portanto, não se contenta com a democracia meramente formal, identificada com o princípio da maioria como elemento legitimador do exercício do poder. Para que exista verdadeiro Estado de Direito, em sua versão democrática, é indispensável que o Estado seja dotado de efetivas garantias, tanto liberais quanto sociais. Dito de outra forma: só há Estado Democrático de Direito se existir democracia substancial, isto é, se, além do sufrágio universal, também se fizer presente o respeito aos direitos e garantias fundamentais de todos.

Pode-se afirmar que a concretização do Estado Democrático de Direito leva à expansão não só dos direitos dos cidadãos, como também dos deveres do Estado. Como já se disse, o Estado Democrático de Direito aposta na maximização da liberdade (entendida como plena possibilidade de realização das potencialidades dos indivíduos) e na correlata minimização dos poderes. Ou seja, o projeto de Estado Democrático de Direito vai de encontro com os projetos autoritários de ampliação dos poderes do Estado e de minimização das liberdades individuais.

Em razão dos fenômenos da *dessimbolização* (ou, ao menos, da mutação dos regimes do simbólico, este enodamento histórico entre a linguagem, o político e a religião), com a mercantilização de todos os valores e a flexibilização de todos os limites (o que permite que os direitos fundamentais, por exemplo, passem a ser afastados em nome da eficiência re-

pressiva do Estado ou do mercado), e do *empobrecimento do imaginário*, que reduz a compreensão à percepção binário-bélico (amigo-inimigo), o autoritarismo (gênero do qual o fascismo é apenas uma de suas espécies) e suas manifestações concretas (os discursos de ódio e de intolerância, os linchamentos físicos e morais, os ataques pessoais, a desconsideração do outro, a fabricação de inimigos, etc.), que já se mostravam compatíveis com a tradição em que está inserido o ator social brasileiro, ganham ainda mais espaço tanto à direita quanto à esquerda da sociedade, nas mais diversas camadas sociais, o que abrange tanto os pobres – vítimas preferenciais do poder penal – quanto as elites (aqueles que detêm o poder econômico e/ou político).

Não causa surpresa, portanto, que as mesmas pessoas que defendem os direitos fundamentais de seus “partidários” comemoram a violação dos direitos fundamentais dos seus adversários políticos ou de classe. Em outras palavras: em tempos de dessimbolização e empobrecimento imaginário, os fins justificam em meios, os direitos fundamentais deixam de constituir óbices contra o arbítrio e se tornam descaráveis na luta contra os inimigos.

Também não causa surpresa que os julgamentos penais, percebidos como locais privilegiados da luta política, sofram o impacto do crescimento/naturalização do autoritarismo. A jurisdição penal, saber-poder estatal, torna-se cada vez mais autoritária quando passa a recorrer à força em detrimento do conhecimento, ao desconsiderar as garantias constitucionais e os limites éticos e legais à produção probatória, na construção justa do caso penal posto à apreciação.

São também características da jurisdição penal autoritária:

a) a perda da importância do fato posto à apreciação do Poder Judiciário: a jurisdição penal autoritária prioriza o fim de “defesa social” em detrimento do fato atribuído ao imputado. Para tanto, há o resgate de categorias como a “periculosidade” e outras típicas do chamado “direito penal do autor”. O processo penal deixa de funcionar como um meio de reconstrução ética de fatos e se torna um instrumento de exclusão de determinados indivíduos;

b) a incidência do “princípio do bem e do mal”, adequado ao modo de pensar binário-bélico: a jurisdição penal autoritária parte da premissa de que o indivíduo imputado é a encarnação de um mal e que a sociedade

constituída (e seus agentes) sempre representa o bem. Há um exercício de fé na “bondade do poder penal” e dos agentes estatais, ao mesmo tempo em que os imputados são etiquetados de inimigos (que, nessa condição, não merecem ver seus direitos respeitados);

c) a mutação simbólico-imaginária dos direitos fundamentais: na jurisdição penal autoritária, os direitos fundamentais deixam de ser percebidos e de atuar como limites à opressão do Estado e de seus agentes (e como trunfos contra majorias de ocasião) para serem tratados (e afastados) como óbices à eficiência repressiva e à ampliação do poder penal;

d) a adesão discursiva ao populismo penal: a jurisdição penal autoritária adere e reproduz os argumentos expostos nas manifestações políticas dirigidas à exploração do medo e das pulsões repressivas presentes na sociedade (“populismo penal”). Nas decisões penais autoritárias, com muita frequência, percebe-se a estratégia discursiva de afirmar a “segurança pública” (como um valor-em-si, isto é, desassociado dos direitos primários, tais como a vida, a integridade física, a saúde, a dignidade da pessoa humana, o patrimônio, etc.) como o objetivo a ser alcançado com as escolhas (sempre políticas) do juiz, de modo a obter demagogicamente a simpatia e o apoio popular, sem perceber (ou, nos casos de má-fé, sem revelar) que as medidas adotadas, por mais repressivas ou violadoras de direitos e garantias do imputado, se mostram ineficazes em relação à prevenção de novas infrações;

e) a baixa operatividade das categorias “verdade” e “prova”: na jurisdição penal autoritária a “verdade” identifica-se com a hipótese assumida pelo ator jurídico antes mesmo do início do procedimento probatório e a “prova” é manipulada para justificar condenações já previamente conhecidas a partir da atuação dos meios de comunicação de massa ou da retórica do senso comum;

f) a ausência de fundamentação teórica no exercício da jurisdição penal: há a recusa de fundamentar a atuação do poder penal a partir de teorias penais, processuais penais ou mesmo criminológicas, isso porque a atuação autoritária, sempre avessa a limites, é essencialmente não teórica. A decisão penal totalitária desconhece limites (e toda teoria, bem ou mal, tende a impor limites na tentativa de racionalizar os fenômenos) na busca da dominação absoluta, no extermínio jurídico do inimigo. Pode-se afirmar que é essencial à regra totalitária que nada seja garantido, nenhum limite seja imposto ao árbitro;

g) a consideração do imputado, das testemunhas, da vítima e demais protagonistas do drama retratado no caso penal como objetos: a jurisdição penal autoritária considera os jurisdicionados, em especial o imputado, não como seres autodeterminados que atuam racionalmente e decidem os seus destinos, razão pela qual devem ser tratados como sujeitos racionais e não podem ser instrumentalizados, independentemente da classe social em que se encontram inseridos, mas sim como objetos, que devem se autoanular e obedecer acriticamente ordens, como marionetes manejadas pelos atores estatais;

h) a decisão penal volta-se para “fantasmas”: a jurisdição penal autoritária ataca fantasmas, construções imaginárias, e não fatos ou pessoas reais, complexas e contraditórias. Os atores jurídicos, nesse particular, descontextualizam os fatos e fragmentam a percepção sobre a pessoa, que passa a sofrer um impressionante processo de estereotipia;

i) a substituição da coerência interna do discurso por um fluxo de ideias oriundas do senso comum: na jurisdição penal autoritária as decisões identificam-se com um “bricolage de significantes” (Alexandre Moais da Rosa). A lógica do discurso é substituída por um fluxo, uma corrente de palavras, que se mostra adequada e funcional às pulsões repressivas da sociedade e às expectativas sociais construídas pelos meios de comunicação de massa (naquilo que se convencionou chamar de “criminologia midiática”), em uma espécie de irracionalidade aplicada.

Por evidente, essas e outras características da jurisdição penal autoritária precisam ser melhor estudadas e desenvolvidas. Mas, o importante, no momento, é destacar o crescimento de uma tendência autoritária no funcionamento do Sistema de Justiça Criminal. Cada vez mais, as ilegalidades praticadas pelo Estado no combate ao crime são naturalizadas pela população (que, em razão da tradição autoritária em que está inserida, identifica “justiça” com “punição”, “liberdade” com “impunidade” e goza sadicamente com o sofrimento de pessoas) e ignoradas ou descon sideradas pelo Poder Judiciário, em especial nas grandes operações que ganham (pelos mais variados motivos, nem todos legítimos) a simpatia dos meios de comunicação de massa.

Diante desse quadro, os direitos humanos, percebidos como a principal linguagem/gramática da dignidade humana, estão sob ataque. Mesmo aqueles direitos humanos que acabaram positivados, e que adquiriram a natureza de direitos fundamentais de um país, verdadeira di-

menção material da democracia, passam a ser tratados como algo descartável, como uma mercadoria para ser usada ou descartada seletivamente. Embora toda a população figure como objeto dos direitos humanos, apenas uma pequena parcela ostenta a condição de sujeito desses direitos.

Mudar esse quadro, superar o que alguns já chamam de “pós-democracia”, passa por ressignificar o mundo. Resgatar a importância de valores inegociáveis, como a liberdade e a dignidade humana. Insistir nos direitos fundamentais como obstáculos intransponíveis ao exercício do poder, de qualquer poder. Admitir que a ideia de civilização implica conter a natural agressividade das pessoas. Enfim, apostar nos direitos humanos, em uma nova concepção que supere as limitações de sua matriz liberal e ocidental, como elementos potencializadores do projeto de vida digna para todos e todas. ❖

# A Histórica Violação dos Direitos Humanos pelo Poder Judiciário (Da Primeira República ao Século XXI)

**Sérgio Verani**

*Desembargador TJRJ e Professor da UERJ, aposentado; Presidente do Fórum Permanente de Direitos Humanos da EMERJ.*

*"Mas, então, o que é isso? Para quê? Não pode ser que a minha vida tenha sido tão sem sentido, tão repulsiva! Quem sabe eu não vivi como devia?", vinha-lhe súbito à mente. "Mas como assim, não como devia, se eu fiz tudo como era devido?"*

(Tolstói - **A Morte de Iván Ilitch**)

O Poder Judiciário tem exercido, ao longo da História do Brasil, o papel de mantenedor das desigualdades sociais. Assim era desde o sistema colonial, como demonstra a historiadora Laura de Mello e Souza:

*A Justiça foi uma das facetas do Poder que melhor contribuíram para a manutenção do sistema colonial. Nas Minas, mais do que em qualquer outra parte, a violência, a coerção e a arbitrariedade foram as suas características principais. De maneira geral, a violência da justiça se refletia nas prisões, nos castigos exemplares e na aplicação da pena de morte. Como em toda parte, afetava especialmente os pobres e os destituídos de propriedade, confirmando assim o seu papel de consolidadora do poder de uma camada social ou, em outras palavras, revelando o seu caráter instrumentalizador. (Desclassificados do Ouro - A Pobreza Mineira do Século XVIII, Ed. Graal, 3ª. Ed.).*

Com a República, esse "caráter instrumentalizador" é reforçado: ampliam-se as desigualdades sociais inerentes à sociedade capitalista. Eugenio Raúl Zaffaroni reconhece que:

*Os órgãos do sistema penal exercem seu poder militarizador e verticalizador-disciplinar, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou "diferentes") mais incômodos ou significativos. (Em busca das penas perdidas - Ed. Revan, 5ª. Ed.).*

O "controle social militarizado e verticalizado" constitui característica de todos os órgãos do sistema jurídico, talvez mais visível no sistema penal. Grande parte dos juizes incorpora-se a essa prática ideológica do controle social verticalizado, concretizando a negação dos direitos mais elementares, aniquilando o compromisso com a garantia dos Direitos Humanos. O Poder Judiciário passa a produzir um verdadeiro estado de exceção, um moderno estado de sítio.

Um precioso trabalho - **Rui Barbosa e Felisbelo Freire: o Estado de Sítio em Debate** - o advogado e historiador Márcio Verani analisa "as interpretações desses dois políticos da Primeira República em relação aos dispositivos da Constituição de 1891 referentes ao estado de sítio. Num período onde a medida de exceção foi decretada diversas vezes, as posições divergentes refletem não somente as divisões políticas da época, mas os projetos ideológicos mais amplos, que almejavam conformar a nova organização político-institucional, resultante da transição republicana."

Os governos do Marechal Floriano e do Marechal Hermes da Fonseca, especialmente este, foram pródigos na decretação do estado de sítio, com prisões mantidas mesmo após o termo da medida de exceção. E o Supremo Tribunal entendia que "os atos praticados na vigência do sítio não poderiam ser objeto de qualquer demanda judicial enquanto não fossem apreciados pelo Congresso." O Supremo considerava que:

*Ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende.*

E negava-se o pedido de *Habeas Corpus*, "por graves razões de ordem pública, na defesa da segurança e da ordem". O deputado Felisbelo, até autor de uma "História Constitucional", ainda sustentava que "o sítio, apesar de previsto na Constituição, não deveria ser por ela limitado. Assim deve fazer todo governo perante seus inimigos: pule por cima da Constituição e salve a nação."

Márcio Verani observa:

*Desta forma, o poder executivo adquire prevalência no cenário político, podendo suspender a lei, ao mesmo tempo em que toma medidas com força de lei, caracterizando o estado de exceção como "um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei" (Agamben). Este processo levaria ao estabelecimento das "ditaduras constitucionais", onde o estado de exceção "não só sempre se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica.*

*Num paralelo com as análises de Giorgio Agamben sobre o estado de exceção, temos que o estado de sítio estabelece assim uma situação paradoxal, "pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica.*

Rui Barbosa insurgia-se com veemência:

*A jurisprudência assentada pelo estado de sítio e pelas apolo-  
gias de seus advogados, mais odiosas do que ele, nesta pre-  
tensão de converter a história de uma aventura criminosa em  
berço de uma teoria política, estabeleceu na opinião pública  
a certeza de que a Constituição republicana é apenas a bai-  
nha da espada de um soldado.*

Márcio Verani completa:

*Era entendimento de Felisbelo que o sítio, que igualava à lei  
marcial, poderia suspender todas as garantias constitu-  
cionais, a fim de que o governo pudesse enfrentar seus inimigos.  
Para Rui, o Marechal Hermes pôs em prática esta concepção,*

*especialmente ao reprimir a imprensa, fechando jornais e prendendo redatores, e prorrogar o sítio, usurpando a competência do Congresso e instituindo um regime ordinário de força, incompatível com uma democracia republicana.*

*A interpretação conservadora proporcionou ao Poder Executivo, durante a Primeira República, as condições para a criação de um estado da lei em que esta não se aplica, mas permanece em vigor.*

Como a História e a pesquisa minuciosa ensinam. Hoje, "a bainha da espada de um soldado" é substituída pela caneta dos juízes, para suspender e negar garantias constitucionais.

O processo de *impeachment* da Presidenta Dilma Roussef constitui um exemplo maior desse moderno estado de exceção. A denúncia formulada é absolutamente inepta, pois não descreve a existência de crime de responsabilidade, e não poderia ter sido recebida. Se o Supremo Tribunal Federal não cumprir o seu compromisso constitucional, estará consumado o golpe político-judicial. Felisbelos ressurgem, e comandam a Câmara e o Senado. Neste momento de inacreditável retrocesso político/social, a função dos juízes adquire maior relevância para a garantia dos direitos fundamentais. Fala-se até em flexibilização da prova ilícita... O jornal **O Globo** hoje, 28 de agosto de 2016, é aterrorizador:

"Privatização na Era Temer"

*Governo planeja terceirizar gestão de presídios, creches e hospitais*

*Temer terá mais uma prioridade: a abertura para o capital privado em todos os setores possíveis, fugindo do formato tradicional de fazer concessões apenas na área de infraestrutura.*

Não basta a entrega do pré-sal: o Capital é insaciável.

O grande Juiz do Supremo Tribunal Federal Evandro Lins e Silva costumava dizer que era mais fácil ser juiz do Supremo do que juiz de carreira, porque bastava saber o que era melhor para o Brasil.

O historiador Jacob Gorender ensina:

*A efetividade dos direitos humanos requer um Judiciário organizado de tal maneira que o conjunto da população tenha acesso às suas instâncias quando necessitar de apoio legal para defesa de direitos.*

*A lei, no Brasil, é pautada pelos interesses da classe dominante. Erige-se em fortaleza protetora da propriedade dos ricos. Não pode, contudo, proclamar semelhante particularidade. Sendo lei, no regime de igualdade de direitos dos cidadãos, deve ter a manifestação formal da universalidade como garantia da propriedade em geral, de ricos e pobres. Contra essa universalidade operam o conteúdo da lei e a própria organização do Poder Judiciário.*

*Um Judiciário organizado e atuante em contato permanente com a população não mudaria a estrutura social, mas seria capaz de dar contribuição significativa para coibir a violência criminal, que fere principalmente os pobres indefesos ou mal defendidos. (Direitos Humanos - O que são (ou devem ser) - Ed. Senac SP, 2004).*

O próprio Código de Ética da Magistratura Nacional exige dos juízes o compromisso com a "máxima proteção dos direitos humanos":

"Art. 32. O conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relaciona com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais."

Na Argentina, o candidato a juiz da Corte Suprema de Justiça deve comprovar, no seu currículo, "sua trajetória e seu compromisso com a defesa dos direitos humanos e dos valores democráticos que o façam merecedor de tão importante função."

A EMERJ, com o seu Fórum Permanente de Direitos Humanos, em parceria com o IECED (Instituto Estudos Críticos do Direito), acaba de realizar o curso Direito Social - Uma Reflexão Crítica do Direito. Durante onze encontros, debateram-se os temas: Direitos Humanos no Século XXI; Direito positivo, alternativo e insurgente; Direito à terra, reforma agrária; Direito urbano e direito à moradia; Direitos da criança e adolescente;

Direito à saúde, saúde mental; Sistema punitivo, a política do encarceramento; Drogas, proibicionismo, legalização; O trabalhador, sua inserção social e seus direitos; Argumentação jurídica, conjuntura sócio-econômica; Direitos dos povos indígenas.

Desde o primeiro encontro, militantes de movimentos populares apresentavam a visão do povo sobre a Justiça:

"poder sempre encontra formas para driblar a justiça" (Delmo);

"a lei sou eu", disse um funcionário da Prefeitura durante remoção de moradores da Vila Autódromo (Jane);

"pobre não tem direito, o direito é mercadoria" (Roberto Jardim);

"eles, a milícia, são a lei, são tudo"(Maurício).

Alguns participantes do Curso enviaram pequenos trechos para integrar este texto:

Jane Nascimento: "Injustiças ocorrem constantemente cometidas pelo abuso de poder apoderado das violências contra o Estado de Direito por quebra da Constituição. Grande parte do Judiciário se divide entre atender demandas juridicamente ou corromper as leis em favor dos interesses próprios."

Jordana Farias: "A discussão sobre direitos sociais e humanos deve sair das salas de aula com pessoas acostumadas a discutir esses temas e alcançar o povo. Só ultrapassando as barreiras dos 'nossos' que chegaremos em quem realmente pode, junto, contribuir na mudança da história."

Marilea F. Azevedo: "Direito e suas formas e conceitos/Direito garantido por magistrados e Órgãos judiciais/ Direito legal - em documentos/Direito positivo/Direito insurgente - achado nas ruas, nascido das necessidades; Direito, porque não dizer, direito que não é para todos/ Critérios de elegibilidades que selecionam com políticas 'do mais pior'/ Direito que não se conhece - para ser acessado por poucos que tiverem a oportunidade de saber/Direito, direito, direito, falamos de direito, mas quando teremos direitos?"

Karina Adadd de Miranda: "Insurgência - erguer-se em revolta, erguer-se. Com o prefixo *in* - contra - erguer-se contra. Insurgência, que para nós não significava nada ou quase nada. A verdade é que nem todos sabemos o seu significado, por mais que já a praticássemos há um tempo. Na indignação que nos faz insurgir contra algo, que nos move a querer mostrar nosso ponto de vista e a garantir um direito. Somos todos insurgentes

em um grau maior ou menor, mais ou menos atuantes. E a minha dúvida era como se dava essa insurgência. Aos poucos descobri que ela não é estanque e nem igual, as motivações são as mais variadas possíveis. É a insurgência da indignação, a insurgência da necessidade, a insurgência da convicção, a insurgência do desconforto, a insurgência dos exemplos que temos em casa, a insurgência dos que herdamos, a insurgência do direito. E o direito, por ser entendido por nós como uma garantia, uma prerrogativa e não um privilégio, assim como nossa prerrogativa de ser insurgentes, de nos levantarmos contra, começou a soar redundante - direito insurgente. Ficamos só com a insurgência. E a insurgência que vi nascer no domingo mostrou-me o que não parecia claro: a insurgência do coletivo, as mãos que deram para que fosse possível, mais fácil, menos dolorido o levantar-se contra. Vi surgir a insurgência no apoio. A insurgência na esperança. A insurgência da solidariedade, preocupada com os seus e com os outros. A insurgência dos movimentos populares."

Delmo de Oliveira (Vila Autódromo): "Tudo que fizeram aqui foi uma guerra social. As pessoas pensam que a gente tá brigando por causa dessas paredes, as paredes não são nada, o que vale é o que a gente tem dentro da cabeça, o que nós somos, o que representa a não aceitação da compra do poder público pela especulação imobiliária. A justiça não se preocupa em impedir a injustiça, é mais fácil demolir e pedir indenização. Tudo se resume em dinheiro, e não na justiça."

Neste momento de estarecedor retrocesso político e humano, os juízes precisam aprender a olhar para a História e para a vida, e cumprir o seu compromisso ético com a garantia dos Direitos Humanos. A luta dos juízes é tentar escapar do enclausuramento dogmático-ideológico, para não viver e morrer como o juiz Iván Ilitch. O personagem de Tolstói, nos momentos dolorosos que antecederam a sua morte, descobriu que a sua vida fora um engodo, uma mentira, "que ele vivera toda a sua vida não como deveria tê-la vivido, que tudo aquilo estava errado, que tudo aquilo foram um horrendo, um enorme equívoco." ❖

# Violações aos Direitos Humanos nas Relações de Gênero, Sexualidades e Identidade de Gênero

**Simone Cuber Araujo Pinto**

*Doutora em Ciência Política, pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia (NUPEGRE) da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.*

## 1- INTRODUÇÃO

As violações aos direitos humanos relacionadas a gênero, orientação sexual e identidade de gênero, que incidem majoritariamente nas mulheres e na população LGBTI, constituem um padrão que envolve diferentes espécies de abusos e discriminações e costumam ser agravadas por outras formas de violência, como o homicídio.

Segundo a Organização Mundial da Saúde, o Brasil possui a quinta maior taxa de assassinatos de mulheres no mundo (4,8 homicídios para cada 100 mil mulheres). Mesmo com a entrada em vigor da Lei n. 11.340/06 - Lei Maria da Penha, entre 2006 e 2013 em apenas cinco estados brasileiros foi registrada queda nessa taxa. Em cerca de 30% dos casos a violência é perpetrada por parceiros e ex-parceiros das mulheres, o que daria uma média de 4 mulheres mortas por dia<sup>1</sup>. Dados do Dossiê Mulher 2016, publicado pelo Instituto de Segurança Pública-ISP/RJ, apontam que no município do Rio de Janeiro ocorreram 56.232 casos de delitos relacionados à violência contra a mulher apenas no ano de 2015. No que diz respeito à proximidade da vítima com seu agressor, enquanto o homem sofre com a violência ocorrida no espaço público e que é, em grande parte, praticada por outro homem, a mulher sofre mais com a violência ocorrida

<sup>1</sup> Vide: [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf).

no espaço privado e os agressores são (ou foram) namorados ou maridos/companheiros.

A homofobia se manifesta nas sociedades de variadas formas, que abrangem muito mais do que as violências tipificadas pelo Código Penal. Apesar de ser o evento mais brutal em uma escala de violações, o homicídio é apenas uma entre várias outras violências consideradas “menores”, como discriminações e agressões verbais e físicas dos mais variados tipos. De acordo como o Relatório de Violência Homofóbica no Brasil (2016), essa situação se torna ainda mais preocupante ao se levar em conta a subnotificação de dados relacionados a violências em geral e a este tipo de violência em particular. E, apesar disso, os números apontam para um grave quadro de agressões homofóbicas no Brasil: no ano de 2013, foram reportadas 9,31 violações de direitos humanos de caráter homofóbico do total de violações no dia. A cada dia, durante o ano de 2013, 5,22 pessoas foram vítimas de violência homofóbica do total de casos reportados no país<sup>2</sup>.

São muitas as tentativas de se compreender as motivações que levariam a essas estatísticas alarmantes de crimes e demais violações de direitos sobre essas populações. Explicar a continuidade da violência, a despeito dos avanços legais e institucionais para o seu enfrentamento, exige a observação do problema por novos ângulos. Um questionamento fundamental que tem que ser inserido nos estudos sobre a violência de gênero e a homofobia é a respeito do que levaria os homens a agirem dessa forma, a usarem, intencionalmente, sua força física e/ou seu poder para constranger, diminuir ou aniquilar mulheres e homossexuais.

A proposta deste artigo é a de apresentar um elemento que tem sido pouco abordado na literatura sobre o tema, a construção social dos homens e das masculinidades.

## 2 - AS MASCULINIDADES DOS HOMENS

Entende-se a “masculinidade” como a construção social de um repertório de atuação para os homens. É uma construção complexa que envolve não apenas aspectos subjetivos, mas algo que se constrói coletivamente, por meio de códigos, discursos, ideologias e práticas cotidianas, que afetam instituições como a família, a escola, os governos e suas políticas públicas.

---

<sup>2</sup> Relatório de Violência Homofóbica no Brasil: ano 2013. Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos>.

Apesar de a contemporaneidade trazer à tona discussões sobre o modelo tradicional de homem e o surgimento de “novas masculinidades”, permanece entranhada na sociedade uma imagem de homem baseada na força, na virilidade, em um papel de chefe e provedor da família, com dificuldade em lidar com questões afetivas - construídas por máximas do tipo “homem não chora” - e que por isso pode ter um comportamento pautado pela agressividade, principalmente em relação ao gênero feminino.

Ainda segue em vigor esse modelo de “masculinidade hegemônica”, perseguido como um ideal pelos homens e que, no caminho para tal, sofre desvios que levam a uma assimetria de poder entre os gêneros e, conseqüentemente, à produção da violência contra as mulheres e contra todos aqueles que se diferenciam do padrão masculino.

A violência não se reduz à rejeição irracional ou ódio em relação às mulheres e aos homossexuais, pois também é uma manifestação que qualifica o outro como contrário e inferior. Devido à sua diferença, esse outro é excluído de sua humanidade, dignidade e personalidade.

Segundo o Relatório de Violência Homofóbica no Brasil (2016), entre os tipos de homofobia podem-se apontar a homofobia institucional (formas pelas quais instituições discriminam pessoas em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero presumida) e os crimes de ódio de caráter homofóbico, ou seja, violências, tipificadas pelo Código Penal, cometidas em função da orientação sexual ou identidade de gênero presumidas da vítima. A homofobia presente na estrutura da sociedade brasileira vitimiza não apenas a população LGBTI cujas oportunidades são limitadas pelo preconceito, mas qualquer indivíduo em que a identidade de gênero seja percebida como diferente da heterossexual.

Encontra-se enraizada nas sociedades a suposição de que a condição de gênero decorre de uma natureza biológica a qual impõe direitos e deveres diferenciados a homens e mulheres. Para Blay (2014), as teorias feministas fundadas na história mostraram que diferenças profissionais, valores, comportamentos são moldados culturalmente e se transformam ao longo do tempo. Tendo a condição de gênero base nessas tradições históricas e sendo esses comportamentos construídos, podem eles, então, ser mudados. A violência de gênero tem uma complexa fundamentação em valores patriarcais, sendo base para a manutenção do exercício do poder masculino, e se instrumentaliza por meio de relações de dominação. Os homens são socializados acreditando que as mulhe-

res são sua propriedade “para a vida e para a morte, para a tortura e para o prazer” (Idem, p. 16).

Nascimento (2014) propõe uma reflexão sobre o tema da violência de gênero a partir de experiências de intervenção com grupos de homens jovens. O ponto de partida é o questionamento sobre qual o papel dos homens e das masculinidades no enfrentamento da violência contra as mulheres. Seria a punição a única forma de combater esse problema? Ou a solução passaria pela criação de políticas públicas que incorporassem a dimensão das masculinidades em sua busca pela igualdade de gênero e fim dos preconceitos e da violência? O autor incorpora dois elementos novos nesses questionamentos, o papel dos “grupos de homens” que trabalham com homens autores de violência contra as mulheres e o recorte de juventude.

O autor afirma que a masculinidade e a feminilidade representam metáforas de poder e de capacidade de ação que orientam valores e práticas sociais de homens e mulheres (Idem, p. 16). Mas Nascimento não pretende, em seu texto, tratar essa relação simplesmente como do tipo algoz/vítima, mas sim relativizá-la, observando sua complexidade na medida em que acarreta graves consequências para a vida das mulheres e também dos homens.

Os jovens, principalmente, são influenciados pela construção de uma ideologia machista que procura moldar seu comportamento e aqueles que não a absorvem costumam ter sua virilidade e masculinidade questionadas. Assim, a presença da violência de gênero e de identidade sexual – enquanto manifestação de poder e dominação – encontra-se fortemente marcada na população masculina jovem entre 15 e 24 anos.

### 3 - A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DAS MASCULINIDADES

Podemos nos apoiar na história e na filosofia para pensarmos em que base arquetípica foi construída a relação entre o masculino e o feminino e as masculinidades. Ao remontar aos seus lugares na estrutura social da Antiguidade, da Idade Média e da Modernidade, percebemos que essa base permanece, em sua essência, até os dias atuais.

Brasete (2006) demonstra que a construção dos papéis sociais de homens e mulheres pode ser revista a partir de uma obra considerada inaugural da literatura ocidental, a **Odisseia de Homero**. Escrita provavelmente no fim do século VIII a. C. o poema épico é, em parte, uma sequên-

cia da **Ilíada**, outra obra creditada ao autor. O poema relata o regresso do protagonista Odisseu - ou Ulisses, como era conhecido na mitologia romana - um herói da Guerra de Troia que leva dez anos para chegar à sua terra natal, Itaca, e reencontrar sua esposa Penélope. A autora extrai dessa obra todo um referencial para a construção da visão de um herói, de um homem perfeito que enfrenta todos os perigos e adversidades para voltar a cumprir suas funções de soberano, marido e pai. Ou seja, para retomar seu papel na estrutura do patriarcado.

Como apresenta a autora, Ulisses se converte num paradigma de humanidade e de masculinidade, presentes na sociedade patriarcal grega, em que a supremacia da ideologia masculina reservava às mulheres sempre um papel de subalternidade e de dependência. A relação entre o masculino e o feminino converte-se num dos veios estruturantes da ação, oferecendo um conjunto de elementos temáticos que contribuem para uma contextualização mais ampla dos papéis designados aos homens e às mulheres. O tempo da narrativa incorpora à longa aventura do herói muitos perigos desconhecidos e ameaçadores que retardam aquela viagem de regresso a casa, perigos esses representados pelo feminino (Idem, p. 6). Os poderes sobrenaturais com que o herói da Odisseia se confronta nas suas aventuras oceânicas, assumem, na maior parte dos casos, uma forma feminina - Circe e Calipso, Cila e Carídbis e as Sereias. São figuras femininas sobrenaturais que simbolicamente representam um dos obstáculos mais difíceis que um homem poderia enfrentar: o poder de sedução feminina e tudo o que ele lhe poderia oferecer (Idem, p. 8).

Assim, na Odisseia o elemento feminino detém uma presença forte e multifacetada: as mulheres, deusas ou humanas (a virtuosa e sensata esposa Penélope), representam o perigo da morte, ou a possibilidade de vida, os obstáculos que interrompem a viagem do herói ou as condições que não lhe permitem chegar a porto seguro (Idem, p. 19). E todas se submetem a Ulisses, ao homem-herói, sendo vencidas em suas tentativas de aprisioná-lo ou se mantendo fiel ao marido, ao pai, ao filho, ou seja, à função social que lhe cabe desempenhar.

Na Idade Média a Igreja passa a buscar culpados a quem atribuir a responsabilidade por todos os males e má sorte que estão acometendo a humanidade. A princípio sua preocupação eram as heresias, mas as constantes denúncias de acontecimentos de bruxarias praticados por mulheres obrigaram os inquisidores a incluí-las nesse rol. Segundo Cardini

(1996), “Uma grande quantidade de superstições até então dispersas convergiu para esta nova imagem das bruxas, que era a imagem de uma mulher má, aliada do diabo e enlaçada a ele através de um pacto, cuja tarefa era a derrubada da cristandade”. Foram os teólogos do século quinze que aperfeiçoaram os elementos que ainda faltavam à imagem “definitiva” da bruxa: o pacto com o diabo e a realidade dos poderes mágicos. Foi uma revolução teológica e jurídica que inaugurou a “caça às bruxas” (*Ibid.* p. 6). Em 1484 foi publicado por frades dominicanos o livro mestre da Inquisição, o **Marcelo das Feiticeiras (*Malleus Maleficarum*)**, um manual para identificação e eliminação das bruxas no qual são descritas suas características, rituais, magias e, principalmente, a forma como caçá-las e condená-las.

Nos dois períodos históricos brevemente revistos, Antiguidade e Idade Média, apresentamos como teve início a construção dos arquétipos da masculinidade e da imagem do feminino como o inimigo a ser enfrentado, os perigos e obstáculos a serem vencidos, e a mulher como a responsável por trazer para os homens todas as pestes, desgraças e que, por isso, deve ser eliminada. São visões construídas por uma sociedade misógina, que nega a existência plena do corpo e da alma das mulheres. Negação essa que, sob formas mais ou menos sutis, permanece como mancha ainda hoje.

Na Modernidade podemos encontrar, entre os estudos fundadores do campo da Antropologia do Corpo, obras como a de Marcel Mauss (1936) que, em **As Técnicas Corporais**, parte da premissa de que toda a expressão corporal era aprendida, sendo o resultado de uma soma de seus aspectos biológico, social e psicossocial, fazendo do homem um ser total. Nesse sentido, não existiria um corpo que pudesse ser encontrado em um “estado natural”, pois todo corpo seria uma matéria bruta na qual o homem e sua cultura moldam o seu mundo, e também a partir da qual esse mundo é moldado.

As técnicas corporais seriam, então, as maneiras pelas quais os homens, tradicionalmente, se servem de seus corpos. O autor partiu da percepção de que os modos de caminhar, de nadar, de olhar, são específicos de sociedades determinadas, e são também específicos de um tempo determinado em uma mesma sociedade. E isso acontece com toda atitude corporal, cada sociedade tendo hábitos que lhe são próprios.

Essa transmissão ocorreria por meio da educação, entendida por Mauss como uma imitação prestigiosa. Os homens, crianças ou adultos,

imitam aqueles cujos atos foram bem sucedidos, em quem confiam e que possuam autoridade sobre eles. A noção de prestígio é essencial para tornar o ato ordenado, autorizado e provado, e é nele que se encontra o elemento social. No ato imitador encontram-se o elemento psicológico e o elemento biológico. Assim, o conjunto é condicionado pela mistura dos três elementos de forma indissolúvel (Idem, p. 215). A tradição também possui um papel fundamental. O autor denomina como técnicas corporais aquelas que derivam de um ato tradicional eficaz, não havendo técnica nem transmissão se não houver uma tradição. Nesse sentido poder-se-ia compreender como a educação dos homens jovens guiada pelos homens maduros serve como forma de transmissão dessa cultura patriarcal e machista que objetifica a mulher e menospreza todos os que fogem ao padrão da masculinidade, submetendo-os a diversas formas de violência e violação de seus direitos humanos.

A partir de uma revisão bibliográfica da literatura feminista francesa contemporânea, Welzer-Lang (2000) tem por princípio o rompimento com as definições naturalistas e/ou essencialistas dos homens. Ele desenvolve o argumento – como Nascimento (2006) – de que há um conjunto de esquemas, de hábitos, de idealizações e de comportamentos homofóbicos e heterossexuais que constroem a identidade masculina e fortalecem a dominação das mulheres pelos homens.

A construção das relações entre homens e mulheres - e homens e homens - são analisadas como relações sociais de sexo e é o produto de um duplo paradigma naturalista: a pseudo natureza superior dos homens, que remete à dominação masculina, ao sexismo e às fronteiras rígidas e intransponíveis entre os gêneros masculino e feminino; e a visão heterossexuada do mundo na qual a sexualidade considerada como “normal” e “natural” está limitada às relações sexuais entre homens e mulheres (WELZER-LANG, 2000, p. 460).

Os estudos feministas realizados nas últimas décadas foram fundamentais para a aceitação da tese de que os homens dominam coletiva e individualmente as mulheres e que esta dominação se exerce na esfera privada e na pública, atribuindo aos homens privilégios materiais, culturais e simbólicos. A opressão das mulheres pelos homens é um sistema dinâmico no qual as desigualdades vividas pelas mulheres são os efeitos das vantagens dadas aos homens. E essas vantagens foram social e historicamente construídas, criando uma cosmogonia que atribui aos homens

e ao masculino as funções nobres e às mulheres e ao feminino as tarefas e funções de pouco valor. Essa visão de mundo baseada sobre o gênero se mantém e é regulada pelas variadas violências às quais as mulheres são submetidas, como a violência masculina doméstica, os estupros e a submissão nas relações de trabalho, preservando sempre os poderes que se atribuem coletivamente e individualmente aos homens.

Semelhante à visão apresentada pelo texto de Nascimento (2006), para Welzer-Lang (2000) a questão da dominação masculina não é construída apenas na relação social entre os sexos homem/mulher, mas também entre os grupos de homens em seu processo de socialização. A “casa dos homens” é um conjunto de espaços de construção da homosociabilidade (como a escola, clubes, lanchonetes, academias...), onde os jovens aprendem a se diferenciar das mulheres, a “serem homens”, a sofrer sem reclamar, a usar da violência para a vitória, e são normalmente guiados por homens mais velhos (pais, professores, padres, artistas...) que incutem em seus jovens aprendizes suas masculinidades.

Assim, a construção do masculino é, ao mesmo tempo, submissão ao modelo e obtenção de privilégios do modelo, uma vez que as relações entre os homens são estruturadas na imagem hierarquizada das relações homens/mulheres, nos papéis de dominadores versus dominadas. Mas as relações sociais de sexo se exercem de maneira transversal ao conjunto da sociedade, fazendo com que homens e mulheres sejam atravessados/as por elas. Nesse sentido, os homens que não mostram sinais redundantes de virilidade são associados às mulheres e/ou a seus equivalentes simbólicos: os homossexuais. É nessa perspectiva que o Welzer-Lang propôs que se definisse a homofobia como a discriminação contra as pessoas que mostram, ou a quem se atribuem algumas qualidades (ou defeitos) atribuídas ao outro gênero (Idem, p. 465).

Outro importante conceito apresentado pelo autor é o de heterossexismo, a discriminação e a opressão baseadas em uma distinção feita a propósito da orientação sexual. O heterossexismo é a promoção incessante, pelas instituições e/ou indivíduos, da superioridade da heterossexualidade e da subordinação simulada da homossexualidade. Mas não se limita apenas à homossexualidade. Toda forma reivindicada de sexualidade que se distingue da heterossexualidade é desvalorizada e considerada como diferente da *doxa* de sexo que se impõe como modelo único.

## 4 - CONCLUSÃO

O duplo paradigma naturalista que define, por um lado, a superioridade masculina sobre as mulheres e, por outro lado, normatiza o que deve ser a sexualidade masculina produz uma norma política andro-heterocentrada e homofônica que nos diz o que deve ser o verdadeiro homem, o homem “normal”. Este homem viril na apresentação pessoal e em suas práticas, logo não afeminado, ativo, dominante, pode assim aspirar a privilégios do gênero.

Nascimento (2006) alerta que essa questão não pode cair na naturalização, banalização e tolerância social em relação ao comportamento violento contra as mulheres e os homossexuais, mas que também não é possível generalizar esse problema e deixar de perceber a existência de homens que buscam construir suas relações com as mulheres em bases distintas desse padrão violento. E aqui aparece a importância dos trabalhos com “grupos de homens”. Segundo o autor, pesquisas demonstram que trabalhar com grupos que questionem os padrões estereotipados de gênero os levam a uma reflexão crítica dos papéis sociais masculinos e femininos e podem provocar mudanças significativas no comportamento de homens e mulheres jovens. Esses trabalhos são orientados pela perspectiva de gênero, de igualdade de direitos e proporcionam um questionamento das normas e regras sociais impostas a esse modelo heterogêneo de masculinidade.

A elaboração e promoção de políticas públicas para a educação dos jovens, na área da saúde e no âmbito da justiça, associados aos trabalhos dos grupos reflexivos com homens autores de violência, são os caminhos apontados para a transformação das relações de gênero como hoje postas, para a construção de modelos de poder simétricos e que deslegitimem todas as práticas de violação da integridade física e emocional, dos direitos humanos integrais das mulheres e da população LGBTI.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem desenvolvendo atividades que buscam a reeducação desses agressores. No I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Comarca da Capital) há o Grupo Reflexivo com Autores de Violência Doméstica, que atua para a compreensão, pelos homens, de que a ideologia da sociedade patriarcal legitima as desigualdades de gênero e determina a reprodução do fenômeno da violência de gênero. O Grupo tem, entre seus objetivos, atender aos (as) autores (as) encaminhados (as) ao Juizado; estimular o rompimen-

to do ciclo de violência, bem como trabalhar a responsabilização frente à violência perpetrada; propor a discussão acerca da violência doméstica em todas as suas expressões e a reflexão para a resolução de conflitos sem uso de violência; contribuir para a equidade de gênero; desenvolver campanhas educativas voltadas para os (as) autores (as); enfocar a violência contra a mulher como violação de direitos humanos<sup>3</sup>. Trabalhos semelhantes vêm ocorrendo nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Nova Iguaçu (Escola de Homens) e da Comarca de São Gonçalo (Grupo de Gênero com homens em situação de violência doméstica). ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLAY, Eva. "Violência contra a mulher: um grave problema não solucionado". In: Eva Blay. (Org.). **Feminismos e Masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014, p. 13-28.

BRASETE, Maria Fernanda. **Ulisses e o feminino: eros e epos**. Ágora. **Estudos Clássicos em Debate**, 8.), 2006, p. 9-30.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. "Relatório de Violência Homofóbica no Brasil": ano 2013. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos>.

CARDINI, Franco. "Magia e Bruxaria na Idade Média e no Renascimento". **Psicologia USP**, v. 7, n. 1/2, 1996, p. 9-16.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia. As Técnicas Corporais**. 1936. Capítulos 1 a 4.

NASCIMENTO, M. "Masculinidade, Juventude e Violência contra a Mulher: articulando saberes, práticas e políticas". In: Eva Blay. (Org.). **Feminismos e Masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014, p. 211-225.

WAISELFSZ, Julio Jacobo. "Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil". Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais – FLACSO. 2015. Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/>.

WELZER-LANG, D. "A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia". **Revista Estudos Feministas**, 9(2), 2000, p. 460-482.

3 <http://www.trj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/boas-praticas/capital-i-jvdfm/grupo-reflexivo-homens>.

# O Ativismo Judicial e o (Des)Ordenamento Jurídico-Constitucional

**Simone Dalila Nacif Lopes**

*Juíza de Direito e membro da AJD.*

Apesar da expressão de valores e princípios humanísticos no bojo da Constituição formal, a desigualdade social é uma realidade em nosso país, num abismo que se aprofunda com a precariedade do sistema educacional, com a péssima distribuição da renda que agiganta a miséria e concentra o poder econômico nas mãos de pouquíssimos privilegiados<sup>1</sup>,

Mesmo sendo a Constituição da República dotada de cogência e normatividade que impõe a vinculação da atividades administrativa, legislativa e judicial a seus valores, princípios e normas que se aplicam diretamente aos fatos concretos.

Na lição de Konrad Hesse:

*“Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).*

(...)

*A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos re-*

---

1 NACIF LOPES, Simone Dalila. "Direito fundamental à moradia - critério inarredável de interpretação das normas jurídicas e de incremento da função social da posse". Prelo

*ferem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional.”<sup>2</sup>*

Note-se que os direitos e garantias fundamentais são dotados de superioridade normativa e axiológica no ordenamento jurídico, vinculando inexoravelmente o legislador infraconstitucional, o administrador público e, de resto, todos os indivíduos em suas relações interpessoais.

Não só servem de paradigma para o controle vertical de constitucionalidade de leis e atos administrativos, mas também possuem uma eficácia horizontal que impõe a observância das garantias constitucionais nas relações de direito privado, operando a publicização do direito privado, amplamente reconhecida nas decisões dos Tribunais Superiores (RE 210.819/RJ-STF).

No entanto, notadamente à míngua de suficientes programas sociais para o efetivo cumprimento do comando mandamental de erradicação da pobreza e redução da desigualdade inserto no artigo 3º, III, da Lei Maior, como objetivo fundamental da República do Brasil e no seu artigo 170, VII, enquanto princípio geral da atividade econômica, diante das flagrantes e inegáveis discrepâncias sociais, verifica-se que a normatividade constitucional se apresenta vulnerável com cotidianas e flagrantes violações dos direitos humanos.

Tudo isso implica na judicialização de questões nevrálgicas da sociedade, na provocação do Poder Judiciário para decidir sobre direitos que já deveriam ter sido assegurados pelo poder público, como a saúde, por exemplo.

Como leciona o professor Lenio Streck:

*“A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição.”<sup>3</sup>*

É bem de ver que a judicialização decorre do amplo acesso ao Poder Judiciário em nosso modelo democrático. E assevera o professor Streck:

*“(...) existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretiza-*

---

2 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** (*Die normative kraft der verfassung*), tradução Gilmar Ferreira Mendes – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. P. 19/20.

3 STRECK, Lenio Luiz. <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>.

*dora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guardadores da regra democrática (...)*<sup>4</sup>

A judicialização, porém, pode resvalar para o ativismo judicial, dando azo a que o julgador transborde da sua vinculação ao ordenamento jurídico positivado.

Admite-se, é verdade, o ativismo judicial tão somente para resguardar direitos e princípios fundamentais, pois, como menciona o professor Lenio Streck, citando Marcelo Cattoni, “(...) há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais.”<sup>5</sup>

A professora Gisele Cittadino explica que “são muitos os autores que, por reservar aos tribunais a função de estabelecer uma síntese interpretativa dos valores constitucionais forjados pelo povo, não manifestam qualquer temor de que o processo de judicialização da política venha a atuar contrariamente ao ‘império da lei’ e seus fundamentos democráticos.”<sup>6</sup>

No entanto, a criação dessa cultura de ativismo judicial é perigosa à ordem democrática na medida em que a “vontade do magistrado substitui o debate político.”<sup>7</sup>

Ou seja, o juiz, cuja função é a de declarar a norma jurídica aplicável ao caso concreto, acaba por inovar no ordenamento jurídico, criando normas jurídicas em verdadeiro exercício de função constitucional anômala à sua.

Mas a função jurisdicional é vinculada ao ordenamento jurídico-constitucional e não discricionária. Ao prolatar uma decisão, o juiz não pode exercer um juízo de conveniência e oportunidade para afastar direitos e garantias estabelecidos expressamente na Lei Maior ou “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”<sup>8</sup>

Desse modo, não raro se admite que o magistrado amplie sua função e adentre a esfera política, efetivamente exercendo escolhas políticas, com vistas a resguardar princípios e valores constitucionais. É o que ocorreu nas decisões que determinaram o fornecimento da pílula para o tratamento do câncer com o evidente fim de resguardar a saúde e a vida do requerente; na decisão do STF sobre uniões homoafetivas e sobre

4 STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit.

5 STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit.

6 CITTADINO, Gisele. [http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf).

7 STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit.

8 Art. 5º, § 2º, da Constituição da República.

terras indígenas; na que declarou o Estado de Coisas Inconstitucional.<sup>9</sup> Aliás, a própria declaração de inconstitucionalidade de leis consiste em provimento ampliativo da função jurisdicional.

No entanto, na medida em que, por razões outras que não sejam as normas democraticamente produzidas em regular processo legislativo com observância dos valores e princípios constitucionais, o magistrado dá uma solução ao conflito movido por suas convicções pessoais, com restrição, negação ou “flexibilização” de direitos/garantias fundamentais, está ele se desviando da finalidade de sua função e substituindo a vontade popular com violação da separação harmônica entre os Poderes da República e da normatividade constitucional.

Como já salientado alhures:

*“Ocorre que, numa sociedade com diferenças acentuadas, notadamente aquelas que optaram pelo modelo capitalista, há uma permanente tensão entre ideologias diversas e, muitas vezes, opostas.*

*Superficialmente definida como o conjunto de ideias que mantém o status quo, a ideologia dominante tem índole conservadora e serve às classes detentoras de poder econômico, político, social, em constante vigília para a manutenção da hegemonia das forças reais do poder que se sentem constantemente ameaçadas pelos ideais de contracultura, que buscam fortalecer o descapitalizado, resguardar direitos e garantias humanitárias, diminuir a desigualdade, assegurar liberdades.*

*E o juiz? Onde se insere o juiz? Em que meio foi educado? De que janelas olhou o mundo até chegar ao silêncio de seu gabinete diante daquele processo em que disputam, de um lado o crédito, a propriedade, o poder econômico e, na outra ponta, a posse para fins de moradia?*

*E está livre o juiz, no exercício de sua função, para fazer impor a ideologia hegemônica, aplicando a lei de modo a restringir direitos humanos? Pode o magistrado inserir nas decisões suas convicções de classe em prejuízo dos valores constitucionais?*

---

<sup>9</sup> Todos exemplos dados pelo professor Lenio Streck no texto antes mencionado.

*Há Justiça em fortalecer o poderoso e oprimir o desvalido?*

*Não!*

*A independência funcional do magistrado não o autoriza a prolatar decisões desvinculadas dos valores que instruem o ordenamento jurídico-constitucional ao que ele está indissoluvelmente vinculado.”<sup>10</sup>*

Apesar disso, o canto da sereia foi ouvido nesse processo crescente de judicialização com progressiva ampliação da atividade judicial traduzida em ativismo. Segundo o constitucionalista Streck:

*“Numa palavra, quando um magistrado diz que julga ‘conforme sua consciência’ ou julga ‘conforme o justo’ ou ‘primeiro decide e depois vai encontrar um fundamento’ ou ainda ‘julga conforme os clamores da sociedade’, é porque está repetindo algo enraizado no imaginário jurídico.”<sup>11</sup>*

Nesse processo, vão se sucedendo decisões que determinam a desocupação de imóveis antes abandonados e agora utilizados para fim moradia, colocando-se dezenas de famílias na rua ao desabrigo, sonogando-lhes o direito fundamental de segunda dimensão erigido a garantia constitucional no artigo 6º da Carta Magna.

Exemplo disso são as decisões para a desocupação da favela da Telerj e para a realização das obras das Olimpíadas.

Também no âmbito das relações econômico-financeiras, no direito do consumidor, em que magistrados do país todo decidiam de maneira favorável ao consumidor, parte presumidamente vulnerável, o Superior Tribunal de Justiça, em incidente de uniformização de recurso repetitivo, estabelece precedentes (vinculantes segundo o novo CPC) em sentido diametralmente oposto e em consonância com os interesses do fornecedor de produtos e serviços. É o que ocorreu com as tarifas bancárias, com as tarifas de esgoto no Rio de Janeiro e com os contratos de telefonia, por exemplo.

E tais violações da ordem jurídico-constitucional não se restringem ao âmbito cível, recebendo um contorno muito mais grave na esfera criminal.

10 NACIF LOPES, Simone Dalila. "Direito fundamental à moradia - critério inarredável de interpretação das normas jurídicas e de incremento da função social da posse". Prelo

11 STRECK, Lenio Luiz. <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>.

Em recente aula inaugural do Curso de Direito Social organizado pelo professor Miguel Baldez e promovido pelo Fórum de Direitos Humanos da EMERJ, presidido pelo professor e desembargador Sérgio Verani, o professor José Geraldo de Souza Junior salientou que o autoritarismo está no cerne das relações sociais brasileiras, no modo de vida e na maneira de cada um se definir em cada grupo de que participa, de modo que há dominação desde a família, passando pelas relações de trabalho até a interação indivíduo-Estado.

Sendo assim, ante o crescente conservadorismo que vivemos, com uma alarmante perda de reserva pelas pessoas que expressam seus preconceitos e ódios pelas diferenças, evidenciando-se demarcada uma despuddorada luta de classes, a feição autoritária de nossa sociedade encontra a mais perversa manifestação no Direito Penal, com criminalização de movimentos sociais e de modos de vida que não se enquadrem numa concepção heteronormativa.

Nesse passo, com a disseminação da falsa premissa de que o Direito Penal é solução dos problemas sociais, notadamente de segurança pública, sem um aprofundado debate pelos diversos setores, a Judicialização e o conseqüente ativismo judicial nessa seara acaba por constituir em mecanismo de desconstrução do Estado Democrático de Direito.

Ora, privar uma pessoa da liberdade em decorrência de um crime somente é admitido por nosso ordenamento jurídico quando observado estritamente o devido processo legal.

Vale dizer que o réu de um processo criminal é cercado de garantias a partir do momento de definição do delito que lhe é imputado, dada a função garantidora do tipo, devendo ser assegurada a ampla defesa e o contraditório, com observância de todo o rito legalmente previsto.

Porém, muitas decisões em todo o país vêm sendo prolatadas sem o resguardo das mínimas garantias individuais do réu, verdadeiro arcabouço de proteção contra o abuso de poder estatal.

Assim, são decretadas prisões provisórias, sem demonstração concreta de sua necessidade para a instrução do processo ou para a garantia da aplicação da lei penal, mas, não raro, repetindo mecanicamente o texto legal ou em razão da “crescente criminalidade urbana”, para “evitar que o indiciado cometa outros crimes” ou “porque ele não demonstrou exercer atividade laboral lícita, permitindo presumir que faz do crime seu meio de vida”.

Isso num país em crise econômica em que o amplo emprego ainda não é uma conquista sedimentada, segundo os dados estatísticos diariamente divulgados pela mídia.

Presunções contra o réu e fundamentações genéricas e abstratas que podem ser lançadas em qualquer caso e que levam o Brasil a ter a quarta maior população carcerária do mundo:

*“Nos últimos 15 anos, a população carcerária no Brasil aumentou 160%, atingindo mais de meio milhão de presos em 2014. O aumento no número de presos não foi seguido por aumento de capacidade prisional, que pode hospedar pouco mais da metade da população carcerária atual.”<sup>12</sup>*

E ainda se afirma, irrefletidamente, que o Brasil é o país da impunidade.

Diuturnamente, em todo o Brasil, é ignorado o comando constitucional de fundamentação das decisões judiciais, da liberdade como regra e da presunção de inocência, todas garantias fundamentais. Cláusulas *pétreas* insuscetíveis de serem restringidas por qualquer dos Poderes da República.

Nem mesmo numa futura e eventual Assembleia Constituinte eleita para o fim de fundar uma nova ordem jurídica e um novo Estado, nem mesmo nessa hipótese, tais garantias podem ser diminuídas ou abolidas porquanto diretamente decorrentes da concepção do homem como centro da ordem jurídica, titular de direitos que jamais pode ser objetificado ou tratado como meio para atingir qualquer fim.

Mas o flerte da mídia seduz com a inegável manipulação da opinião pública, e, cada vez mais, o magistrado que exerce seu papel de conduzir o processo observando os comandos constitucionais é discriminado, inclusive dentro de sua instituição, mas muito fortemente pelos meios de comunicação de massa, que chegam até a fazer insinuações de sua convivência com crimes.

Nos casos extremos, sofrem perseguições administrativas com sucessivas representações disciplinares como meio de forçar uma remoção para vara de outra competência em inegável patrulha ideológica, que vem crescendo em todo o país.

---

<sup>12</sup> Fonte: <http://top10mais.org/top-10-paises-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/#ixzz4KOBISd11>.

Em contrapartida, magistrados que decidem sempre pelo encarceramento e pela condenação, independentemente da fragilidade probatória, são aplaudidos e até alçados à condição de heróis nacionais.

São decisões corriqueiras nos tribunais e varas criminais do país, mas ganham visibilidade quando proferidas em processo midiático.

É o que ocorreu, por exemplo, no julgamento no STF da ação penal 470, vulgarmente denominada pela mídia de Processo do Mensalão, em que o então presidente do Supremo, ministro Joaquim Barbosa protagonizou cenas célebres de exteriorização de raiva e intolerância até com os advogados de defesa, quando se espera do magistrado serenidade e sobriedade ao julgar o destino das pessoas. Nesse julgamento, a Ministra Rosa Weber condenou com a seguinte fundamentação: *“Não tenho prova cabal contra Dirceu – mas vou condená-lo porque a literatura jurídica me permite”*.

Aplicou-se a teoria do domínio do fato, sem que houvesse prova material que vinculasse alguns réus aos fatos que lhes eram imputados.

Porém, o jurista Claus Roxin, criador da teoria, fez severas críticas à aplicação do domínio do fato pelo Supremo Tribunal Federal, em entrevista:

*“A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso” (...)*

*“A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta.” (...)*

*“É interessante saber que aqui também há o clamor por condenações severas, mesmo sem provas suficientes. O problema é que isso não corresponde ao direito. O juiz não tem que ficar ao lado da opinião pública”<sup>13</sup>*

E é devastador o efeito cascata de um provimento judicial ativista e inconstitucional do Supremo Tribunal Federal, uma vez que confere uma discricionariedade (que não pode existir) aos juízes de primeiro grau e em segunda instância, viabilizando arbitrariedades e erros judiciais.

A utilização da prisão como meio de obter “colaboração” ou “delação” premiada, que se homologa tão somente com a palavra do corrêu,

<sup>13</sup> <http://www.conjur.com.br/2012-nov-11/clus-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf>.

sem um mínimo de lastro probatório isento e autônomo às declarações, consiste num exemplo da porosidade a que chegou nosso sistema jurídico.

Isso porque prender sem necessidade e para o fim de obter confissão ou delação configura verdadeira tortura psicológica, conhecendo minimamente a realidade carcerária do país.

Como afirmou o professor de direito penal e advogado criminalista Leonardo Isaac Yarochevsky:

*“Já foi dito que a confissão passou a ter valor relativo no sistema que repudia a hierarquia das provas, com muito mais razão a esdrúxula figura da delação premiada, para aqueles que insistem em defendê-la, deve ser vista com toda parcimônia, posto que, o delator para se livrar da coação e satisfazer o inquisidor é capaz de acusar até a própria genitora.”<sup>14</sup>*

Ao fragilizar o texto Constitucional quando da aplicação no caso concreto, o STF, que é o Guardião da Magna Carta, autoriza ilegitimamente que todos os juízes de todos os tribunais do país também o façam.

Ao ponto de se afirmar por aí que a Constituição Federal é o que o STF diz que ela é.

Não.

A Constituição Federal é o que o legislador constituinte originário expressou e o que constituinte derivado, sem ofensa às cláusulas *pétreas*, modificou, sem olvidar os direitos fundamentais ampliados pelo ordenamento ordinário, pelo sistema e tratados internacionais.

O Supremo Tribunal Federal não pode, legitimamente, afastar preceito constitucional expresso, como o fez recentemente com a presunção de inocência em decisão que admitiu a prisão decorrente da confirmação da sentença condenatória em segunda instância.<sup>15</sup>

Outro episódio ocorrido nos últimos dias revelou o descompromisso com a prévia arrecadação de provas da materialidade do delito (condição que confere *Justa Causa* para a ação penal e sem a qual é impossível a deflagração do processo criminal).

---

14 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. <http://justificando.com/2015/02/24/meu-nome-e-tortura-mas-podem-me-chamar-de-delaacao/>.

15 Atualmente, está em andamento outro julgamento sobre essa mesma matéria, que se encontra suspenso.

Em entrevista coletiva inusitadamente convocada para anunciar o oferecimento de denúncia contra o ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, o procurador afirmou:

*“Precisamos dizer desde já que, em se tratando da lavagem de dinheiro, ou seja, em se tratando de uma tentativa de manter as aparências de licitude, não teremos aqui provas cabais de que Lula é o efetivo proprietário no papel do apartamento, pois justamente o fato de ele não figurar como proprietário do triplex, da cobertura em Guarujá, é uma forma de ocultação, dissimulação da verdadeira propriedade.”*

Lendo de todas as formas possíveis tal declaração, não se chega a outra conclusão: o órgão com atribuição para oferecer a denúncia, nos estritos parâmetros da Constituição Federal, afirmou que o fato de não haver provas cabais consiste na prova cabal do fato!<sup>16</sup>

É mais um sintoma da desordem jurídica em cascata que decorre diretamente de uma judicialização exagerada, com sucessivas e banalizadas violações de garantias constitucionais, traduzidas em vedado ativismo judicial.

Repito: contra texto expresso da Constituição não cabe interpretação restritiva de direitos nem mesmo pelo Pretório Excelso.

Nesse estado de coisas, o ordenamento constitucional vai ruindo e subsistindo apenas formalmente de tão (des)normatizado justamente pelos órgãos a quem a Constituição Federal incumbe a competência de resguardá-lo.

A quebra do tecido constitucional é como uma fila de dominós caindo uns sobre os outros; os interesses dos donos dos fatores de produção vão se impondo com supressão das poucas conquistas sociais obtidas com sangue, suor e lágrimas. E aqui me limito a exemplificar com a recente decisão do STF que declarou que, nas relações de trabalho, o negociado pode prevalecer sobre o legislado, deliberadamente fechando os olhos para o fato de que onde não há igualdade não há liberdade de contratar.

E nesse (des)ordenamento jurídico constitucional que se descortina, é inegável que sobrevivem os fortes, os donos dos fatores reais do poder,

---

<sup>16</sup> Após a conclusão desse texto, foi divulgada a notícia de que a denúncia fora recebida pelo Juízo competente.

com direta restrição de direitos dos vulneráveis e subordinados porque o autoritarismo sobrevive entranhado nas relações sociais. Lembram?

No momento atual, alguns grandes constitucionalistas têm afirmado que ser positivista é moderno e progressista.

Logo, o papel do juiz é o de resistir numa atitude de conservação do ordenamento jurídico que nasceu do pacto social e democrático de 1988 depois de longos anos de ditadura. ❖

## REFERÊNCIAS

CITTADINO, Gisele. [http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf).

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição (*Die normative kraft der verfassung*)**, tradução Gilmar Ferreira Mendes. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. P. 19/20.

- <http://www.conjur.com.br/2012-nov-11/claus-roxin-teoria-do-minio-fato-usada-forma-errada-stf>.
- <http://top10mais.org/top-10-paises-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/#ixzz4KOBISd11>.

NACIF LOPES, Simone Dalila. "Direito fundamental à moradia - critério inarredável de interpretação das normas jurídicas e de incremento da função social da posse". Prelo

STRECK, Lenio Luiz. <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. <http://justificando.com/2015/02/24/meu-nome-e-tortura-mas-podem-me-chamar-de-delacao/>.