

ISSN 2526-0464

TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

PERIÓDICO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 5 NÚMERO 2 | JULHO | DEZEMBRO 2020



MISSÃO

TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA é um periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Sua missão é incentivar o intercâmbio de pesquisas contemporâneas e interdisciplinares na área de Teoria Jurídica entre acadêmicos do Brasil e do exterior. A revista é publicada duas vezes ao ano (jan.-jun./jul.-dez) e em formato exclusivamente digital. Sua linha editorial está orientada para a Teoria Jurídica Contemporânea, e desdobra-se nas seguintes temáticas: Sociedade, Direitos Humanos e Arte; Teorias da Decisão, Argumentação e Justiça; Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais. Nenhuma abordagem teórica em particular é privilegiada. O periódico compõe-se de três seções: uma Seção Geral de artigos científicos recebidos em sistema de fluxo contínuo; uma Seção Especial de artigos científicos recebidos em sistema de chamada pública sob a responsabilidade de Editor(es) Convidado(s); e uma Seção Extra dedicada à publicação de resenhas, traduções e comentários de jurisprudência. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

EQUIPE EDITORIAL

EDITORA CHEFE

Rachel Herdy

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITOR ADJUNTO

Samir Ramos Zaidan

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES ASSISTENTES

Isadora de Oliveira

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Karina Denari Gomes de Matos

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Layana Isabel

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Luana Adriana Araújo

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Plínio Baima

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Rafael Monnerat

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS

Ana Paula Barbosa-Fohrmann

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Cecília Caballero Lois (*in memoriam*)

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Fábio Shecaira

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Vanessa Berner

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORAS CONVIDADAS

Lilian Márcia Balmant Emerique

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Liliana Estupiñán Achury

Universidad Libre – Colômbia

Claudia Storini

Universidad Andina Simón Bolívar – Equador

EDITORA DE DESIGN

Claudia Duarte

Avellar e Duarte

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti

Università de la Bicoca, Itália

Amalia Amaya

Universidad Nacional Autónoma de México, México

António Manuel Hespanha

Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Armin von Bogdandy

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; Universität Frankfurt, Alemanha

Giovanni Damele

Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Inmaculada Vivas-Tesón

Universidade de Sevilla, Espanha

Jan-Michael Simon

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha

Javier de Lucas

Universitat de Valencia, Espanha

Jean-Marc Thouvenin

Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, França

Jordi Ferrer Beltrán

Universitat de Girona, Espanha

José Ribas Vieira

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Julio Gaitán

Universidad del Rosario, Colômbia

Michael Quante

Universität Münster, Alemanha

Michele Taruffo

Università degli Studi di Pavia, Itália

Noel Struchiner

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

Raffaele Di Giorgi

Università di Salento, Itália

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Centro Universitário de Brasília, Brasil

Robert Alexy

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemanha

Roberto Gargarella

Universidad Torcuato Di Tella, Argentina

Stanley Paulson

Washington University Law, Estados Unidos da América do Norte

Stephan Kirste

Universität Salzburg, Alemanha

Susan Haack

University of Miami, Estados Unidos da América do Norte

Thomas Gutmann

Uni Münster, Alemanha

Ulrich Sieber

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha

Wilfrid Waluchow

Department of Philosophy, McMaster University, Canadá

CONTATO

Contato Principal

Rachel Herdy

E-mail: rachelherdy@direito.ufrj.br

Teoria Jurídica Contemporânea

Programa de Pós-Graduação em Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rua Moncorvo Filho 8, Centro, Rio de Janeiro – RJ

CEP: 20211-340

Tel.: (21) 2242-7319

Fax: (21) 2224-8904 / Ramal 219

SUMÁRIO

SEÇÃO ESPECIAL

1. EDITORIAL: PESQUISADORAS DO DIREITO: NOSSAS INVESTIGAÇÕES, NOSSAS PRODUÇÕES ACADÊMICAS
Lilian Balmant Emerique
Liliana Estupiñán Achury
Claudia Storini 6
2. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA
Aline Martinelli 11
3. FEMINISMO ESPECULATIVO NAS VEREDAS PÓS-CORRELACIONISTAS
Ana Paula Lemes de Souza 44
4. AMIZADE SELETIVA: ANÁLISE ESTRATÉGICA DA FUNCIONALIDADE DO *AMICUS CURIAE*
Débora Costa Ferreira 72
5. LA PROTECCIÓN JURÍDICA A PAREJAS DEL MISMO SEXO: SU FUNDAMENTO EN LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA BOLIVIANA DE 2009
Elena Attard
Patricia Serrudo Santelices 114
6. LA CONSTITUCIÓN Y LAS EMOCIONES: RELATO ALTERNATIVO DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL CONSTITUCIONALISMO CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO N. 9.546 DE 30 DE OUTUBRO DE 2018
Maria Cristina Gómez Isaza 139

7. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
NOS CRIMES DE FURTO: UM ESTUDO EMPÍRICO
SOBRE OS PARÂMETROS DO STF E SUA RELEVÂNCIA NAS
DECISÕES DOS JUÍZES DA COMARCA DE TRÊS RIOS/RJ

Marilha Gabriela Reverendo Garau
Maria Fernanda Escobar Pereira

174

8. DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E A MEDIDA
PROVISÓRIA 870 /2019 UM ESTUDO À LUZ DA
CONSTITUCIONALIDADE

Sandra Oliveira de Almeida
Daniela Sanches Frozi

210

9. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POSSIBILIDADE
DE JUDICIALIZAÇÃO DOS CASOS DE ESTUPRO
CONTRA MULHERES: UMA ALTERNATIVA
AO SISTEMA CRIMINAL PUNITIVISTA

Raissa Figueiredo Atanes
Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães

244

10. A TESE DO MARCO TEMPORAL NAS DECISÕES
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A
CONTROVÉRSIA POSSESSÓRIA ACERCA DOS
DIREITOS TERRITORAIS INDÍGENAS

Vivian Lara Caceres Dan
Flavia Benedita Sousa De Assis

263

SEÇÃO EXTRA

11. TRADUÇÃO – A UNIVERSALIZAÇÃO
DO CUIDADO COMO OBJETIVO PRIORITÁRIO
DAS NOVAS POLÍTICAS DE IGUALDADE
NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA

Ana Marrades

286

15. ENTREVISTA – LA BÚSQUEDA DE LA PAZ
EN COLOMBIA, CONSTRUCCIÓN SOCIAL Y FEMININA

Entrevistadora: Liliana Estupiñán Achury
Líder social entrevistada: Diana Sánchez Lara

301

PESQUISADORAS DO DIREITO: NOSSAS INVESTIGAÇÕES, NOSSAS PRODUÇÕES ACADÊMICAS

A revista Teoria Jurídica Contemporânea do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro publica este número com uma seção especial dedicada ao tema “Pesquisadoras do Direito: nossas investigações, nossas produções acadêmicas”. Esta seção especial teve por objetivo servir como ação afirmativa para tornar mais conhecida a relevante e qualificada produção acadêmica das mulheres na área do Direito. Portanto, cumprimos o propósito de ser um canal para publicações de artigos de autoria individual ou coautoria de pesquisadoras do Direito em várias frentes de investigações teóricas e dar visibilidade à produção acadêmica destas pesquisadoras. O número não se dedica exclusivamente ao estudo de gênero. Seu escopo é mais amplo e busca divulgar a produção de autoria feminina com vários aportes teóricos e metodológicos contemporâneos no campo do Direito.

O artigo “Violência contra a mulher: uma abordagem histórica”, de autoria de Aline Martinelli, analisa as diversas perspectivas de inserção da mulher enquanto vítima e enquanto criminosa e seus reflexos no mundo jurídico, especialmente o penal, levando em conta aspectos históricos, culturais e sociais. Os resultados do estudo revelam que as mulheres são historicamente discriminadas de forma direta ou indireta em razão das crenças subjetivas e sociais acerca

de seu papel na sociedade, situações que ainda ocorrem na atualidade e produzem representações no campo jurídico.

O artigo “Feminismo especulativo nas veredas pós-correlacionistas”, de autoria de Ana Paula Leme de Souza, discute novas possibilidades do feminismo no movimento filosófico denominado realismo especulativo, na vertente de Quentin Meillassoux, de forma a oxigenar a epistemologia feminista contemporânea, que se encontra em clausura metafísica. O estudo propõe uma nova abordagem para o feminismo pós-correlacionista, com a ascensão de outra forma de reflexão ontológica pela *cosmontologia*, uma compreensão do sexo, do gênero e da sexualidade nem melhor e nem pior, mas apenas diferente e capaz de provocar a reontologização das ciências humanas pelo reconhecimento de outras grafias e modos de existência.

O artigo “De quem a Corte quer ser amiga? Análise estratégica da funcionalidade do *amicus curiae*”, de Débora Costa Ferreira, analisa estratégica e empiricamente se o *amicus curiae* tem desempenhado as funções de legitimação democrática e ampliação da cognição do juízo. Os resultados da análise empírica dos casos julgados pelo STF entre 1990 e 2017 confirmam os padrões identificados na análise estratégica e revelam que a Suprema Corte faz o uso estratégico da figura do *amicus curiae*, tratando distintamente os diferentes tipos de participantes, ao citar mais aqueles tipos que dão maior apoio difuso para a corte perante a opinião pública e se deixam influenciar mais por participantes com maior poder de barganha institucional e credibilidade argumentativa e informacional (*amicus curiae* governamentais). Conclui que a Corte é “mais amiga” de alguns tipos de *amicus curiae* do que de outros.

O artigo “La protección jurídica a parejas del mismo sexo: Su fundamento en la Constitución Democrática Boliviana de 2009”, de autoria estrangeira e conjunta de Maria Elena Attard e Patricia Serrudo Santelices (Bolívia), defende que os direitos dos casais de mesmo sexo encontram abrigo e proteção no ordenamento jurídico boliviano no artigo 63 da Constituição e deve ser compreendido conforme o bloco de constitucionalidade no exercício do controle de convencionalidade as autoridades judiciais devem aplicar de maneira direta e preferencial a Opinião Consultiva 24/17 emanada pela Corte Inte-

americana de Direitos Humanos dando proteção jurídica igualitária aos casais do mesmo sexo.

O artigo “La Constitución y las emociones: relato alternativo de la Constitución y del Constitucionalismo”, de autoria de Maria Cristina Gómez Isaza (Colômbia), propõe outra reflexão sobre a ideologia do Constitucionalismo, diferente da visão institucionalista e masculina tradicional na cultura jurídico-política de matriz liberal racional e iluminista que privilegiou interesses masculinos. A problematização da paixão e do sentimento procura transgredir a assimetria entre homem e mulher e sustenta a necessária revisão de relações de igualdade entre razão e emoção para construção de debates igualitários e de equidade de gênero na vivência afetiva da Constituição.

O artigo “A aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto: um estudo empírico sobre os parâmetros do STF e sua relevância nas decisões dos juízes da Comarca de Três Rios/RJ”, de autoria de Marilha Gabriela Reverendo Garau e Maria Fernanda Escobar Pereira, é fruto do estudo que conjuga métodos quantitativos e qualitativos para melhor compreender os critérios para aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal, bem como perceber se esses critérios são considerados pelos juízes de primeira instância para decisão dos casos de crimes de furto na Comarca de Três Rios no estado do Rio de Janeiro.

O artigo “Direito à alimentação adequada e a Medida Provisória 870/2019: Um estudo à luz da Constitucionalidade” de autoria conjunta de Sandra oliveira de Almeida e Daniela Sanches Frozi, discute sobre a efetividade do Direito Humano à Alimentação Adequada e a constitucionalidade da Medida Provisória n. 870, editada em 01 de janeiro de 2019, que revogou as disposições da Lei 11.346/06 referentes às atribuições e composição do Conselho de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), órgão de diálogo e participação social, que compõe um dos pilares do Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN). Apesar da reorganização administrativa do novo governo por medida provisória ser legítima, a extinção do órgão implicaria na inviabilidade do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional ao não transferir a outro ente suas competências, violando a dimensão organizativa dos Direitos Fundamentais e afetando a concretização do Direito Humano à Alimentação Adequada.

O artigo “A Justiça Restaurativa como possibilidade de judicialização dos casos de estupro contra mulheres: uma alternativa ao sistema constitucional punitivista”, de autoria de Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães, discute a possibilidade de adotar a Justiça Restaurativa nos casos de estupro contra mulheres. O sistema criminal tende a reproduzir os estereótipos de gênero presentes no senso comum social, cuja consequência é a revitimização da mulher, ao culpabilizá-la pela violência da qual foi vítima. Por essa razão, cabe analisar se o modelo restaurativo, cujo cerne é a reparação e, portanto, prioriza as necessidades da vítima sem descuidar do agressor, se mostra uma alternativa à abordagem do estupro.

O artigo “A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas”, de autoria conjunta de Vivian Lara Cáceres Dan e Flávia Benedita Sousa de Assis, cuida da análise do caso Raposa Serra do Sol e das três decisões proferidas pela 2ª Turma do STF que aplicou a tese do marco temporal como precedente para definir a demarcação das terras indígenas. Discute-se a aplicação dessa nova categoria jurídica e a controvérsia possessória diante dos direitos territoriais indígenas.

Como se vê, o número aborda a temática de gênero e de um conjunto de matérias desenvolvidas por pesquisadoras internacionais e nacionais de várias regiões do país e que se encontram em fases distintas da jornada acadêmica, mantendo o compromisso com o cuidado e a qualidade da produção, sendo este um traço característico das pesquisadoras em Direito.

Este número publica, ainda, na Seção Extra, os seguintes trabalhos:

- ▶ Entrevista “La búsqueda de la paz en Colombia, construcción social y feminina”, com Diana Sánchez Lara, uma das mais importantes mulheres e líder social na Colômbia, realizada pela Profª Drª Liliana Estupiñán Achury (Universidad Libre, Colômbia). A entrevista traz a reflexão sobre o papel das mulheres na construção da paz para Colômbia, num cenário complexo e sensível de um país que esteve imerso no conflito armado por mais de 50 anos.
- ▶ Tradução do artigo da Professora Titular de Direito Constitucional da Universidad de València (Espanha), Ana Marrades Puig, “A universalização do cuidado como objetivo prioritário das novas

políticas de igualdade no âmbito da Constituição espanhola”. O artigo destaca que na ética do cuidado não basta apenas reivindicar o valor do que as mulheres fizeram (sempre e ainda), mas também de destacar a falta desse valor como ingrediente fundamental do discurso ético, sendo de suma importância encontrar novos valores, princípios e elementos legais para reavaliar os cuidados, sem conotações essencialistas e colocar a pessoa no centro dos direitos e das políticas.

Editoras da Sessão Especial

Lilian Balmant Emerique

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Liliana Estupiñán Achury

Universidad Libre – Colômbia

Claudia Storini

Universidad Andina Simón Bolívar – Equador

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

Aline Martinelli

Mestre em Criminologia
pela Universidade Fernando
Pessoa, Portugal
alinemartinelli22@hotmail.
com

Violence against women: a historical approach

RESUMO

Recebido: junho 29, 2019

Aceito: abril 01, 2020

O trabalho proposto aborda tema atual e contemporâneo, a violência contra a mulher e sua evolução social até os dias atuais. Através de uma análise bibliográfica e documental, tem como principal objetivo analisar as diversas perspectivas nas quais a mulher estava inserida enquanto vítima e enquanto criminosa e seus reflexos no mundo jurídico, especialmente o penal, levando em conta aspectos históricos, culturais e sociais. Os resultados revelaram que as mulheres são historicamente discriminadas de forma direta ou indireta uma vez que estão presentes crenças subjetivas e sociais acerca de seu papel na sociedade. Permitiu-se apurar que, mesmo nos tempos atuais, a mulher sofre constantes violações de seus direitos, pois algumas visões patriarcais ainda se encontram incrustadas na nossa sociedade e geram reflexos no mundo jurídico.

Palavras-chave: Violência; Mulher; Escolas Penais; Crenças.

Abstract

The proposed work addresses current and contemporary issues, violence against women and their social evolution to the present day. Through a bibliographical and documentary analysis, has as main objective to analyze the different perspectives in which the woman was inserted as a victim and as a criminal and her reflections in the legal world, especially the criminal, taking into account historical, cultural and social rights. The results revealed that women are historically discriminated directly or indirectly as subjective and social beliefs about their role in society are present. It was possible to find out that even nowadays women suffer constant violations of their rights, since some patriarchal visions are still embedded in our society and generate reflexes in the legal world.

Keywords: Violence; Woman; Criminal Schools; Beliefs.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher se constitui como uma das formas de violação dos Direitos Humanos, atingindo-as nos seus direitos a vida e saúde física e mental, resultando de uma desigualdade de gênero. Grande parte da violência contra as mulheres ocorre no ambiente privado, enquanto que a violência contra os homens ocorre em maior escala no ambiente público. Onde deveria haver uma relação de respeito e afeto existe uma relação de violência, física ou psicológica que muitas vezes é viabilizada por padrões, tidos como “normais”, oriundos de papéis que lhes são atribuídos culturalmente.

A vitimologia tem dispensado uma atenção crescente à análise da importância da definição social das situações e dos papéis construídos socialmente para os comportamentos das vítimas e dos criminosos. As expectativas sociais do comportamento e as exigências da sociedade geram diversos problemas no enfrentamento da questão da violência doméstica e familiar e o resultado da análise da vítima proporciona a aplicação de políticas públicas com intuito de reparar os danos causados pelo crime¹.

No Brasil dispomos da Lei de número 11.340, publicada na data de 07 de agosto de 2006, cujo apelido é “Lei Maria da Penha”², a qual protege a mulher em diversos aspectos levando em conta sua condição física, psicológica, pessoal e financeira. A realidade nos mostra que esta lei vem sendo usada de forma desmedida por alguns funcionários da justiça, impregnada de valores sociais e crenças pessoais, muitas vezes gerando a revitimização da mulher ou a condenação precoce do suposto agressor³. Assim, procuramos investigar o fenômeno da violência contra a mulher a partir da análise analítica do paradigma de gênero, por meio do qual as diferenciações sociais e profissionalmente se estabelecem ao longo dos anos e ainda perduram, de forma implícita ou explícita.

Na primeira parte, demonstramos através de aspectos históricos a evolução histórica da violência contra a mulher e dos conceitos de violência doméstica para violência de gênero. Buscou-se analisar o

¹ MARINHO, 2010.

² BRASIL, 2006.

³ MARINHO, 2010.

A violência contra a mulher tem sido colocada cada vez mais em pauta nas discussões e preocupações da sociedade brasileira, pois apesar de não ser um problema contemporâneo, ganhou maior visibilidade política e social nos últimos 50 anos, destacando-se em razão da gravidade e da seriedade das situações de violência sofridas pelas mulheres nas relações de afeto.

tratamento dispensado à mulher com o passar dos anos e seus reflexos nos dias atuais, de forma que o leitor vislumbre que ainda permanecem, mesmo que de forma sutil, visões patriarcais e discriminatórias.

Na segunda parte, analisamos as origens da violência contra a mulher, suas causas e efeitos jurídicos na leis existentes, especialmente na já citada Lei n. 11.340/06. O leitor desta forma poderá perceber que a mulher sofre diversas formas de violência as quais precisam ser compreendidas de forma profunda e diferenciada, uma vez que o fenômeno se perdura historicamente.

1. ENQUANDRAMENTO HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher tem sido colocada cada vez mais em pauta nas discussões e preocupações da sociedade brasileira, pois apesar de não ser um problema contemporâneo, ganhou maior visibilidade política e social nos últimos 50 anos, destacando-se em razão da gravidade e da seriedade das situações de violência sofridas pelas mulheres nas relações de afeto.

Desde os primórdios vivenciamos um sistema patriarcal, de inegável submissão ao gênero dominante, no qual o homem detinha o poder econômico, político e sexual sobre a mulher. À mulher eram relegados alguns papéis a serem cumpridos, a mãe, a esposa, a cuidadosa, a reprodutora, a dócil, a honesta, e assim sua condição sempre esteve ligada a ideia de posse e submissão ao homem.

Essas desigualdades existentes entre homens e mulheres são propagadas desde a infância, baseadas em conceitos socialmente construídos, especialmente na divisão de papéis, nos quais às mulheres são atribuídas atividades privadas e atos de obediência e submissão, e ao homem é creditado um “direito” sobre a mulher⁴. A família, assim, é também responsável por reproduzir em seu meio culturas extremamente patriarcais.

A violência contra as mulheres resulta assim de uma ideologia que define a condição feminina como inferior a masculina, sendo que as diferenças físicas e sociais entre o feminino e o masculino são

⁴ DE JESUS; SOBRAL, 2017.

transformadas em desigualdades hierárquicas através de discursos ideológicos sobre a mulher, os quais muitas vezes incidem especificamente sobre o corpo da mulher⁵.

Em alguns países a violência interpessoal de um indivíduo é justificada por um contexto social moldado pela interação das dimensões de gênero, classe e cultura. Com relação à interação entre gênero e cultura, as mulheres vitimadas percebem o abuso no contexto das particularidades sociais, religiosas, e instituições culturais, fato que reforça as desigualdades da poder entre homens e mulheres⁶. Como exemplo⁷, cita-se que, em certas culturas, um marido é legalmente permitido bater ou matar sua esposa em resposta à infidelidade ou a outras infrações à família.

Tais conceitos, socializados, passam por elementos culturais de uma sociedade de geração para geração, e embora possam apresentar mudanças ao longo do tempo, o fato de se referir a valores, regras, normas e modos de vida, demoram muito mais para apresentarem modificações de fato.

Até recentemente, a absolvição de agressores do sexo masculino era justificável através da “legítima defesa de sua honra”, e o feminicídio se justificava por suspeita de adultério, falta de cumprimento das obrigações conjugais da mulher, ou mesmo quando a esposa expressasse algum desejo de obter um divórcio.

Esses, e muitos outros conceitos, enraizados na sociedade, podem emergir no contexto doméstico a partir da cisão entre a expectativa de passividade feminina e a necessidade de controle e dominância masculinos. Isso porque as razões para a violência estão associadas à ideia da posse das mulheres pelos homens na tentativa de mantê-las sob custódia, subserviência ou como propriedade, sendo que, em vários casos, os agressores justificam seu comportamento violento como forma de correção, ou seja, como uma função disciplinar, alegando inicialmente que tentaram avisar ou falar com as vítimas, usando agressão quando elas não obedeceram às ordens⁸.

A problemática sempre foi camuflada pela sociedade e interpretada, inicialmente, como uma situação familiar na qual a família era

⁵ SANTOS; IZUMINO, 2005.

⁶ LIANG et al., 2005.

⁷ BEYER, 1999 apud LIANG et al., 2005.

⁸ KOLLER et al., 2017.

a protagonista da resolução, resultando em relações de dominância, violência e violação de direitos humanos⁹. Quando as mulheres despertaram para a vivência dessas situações de desigualdades, começaram a procurar outros papéis na sociedade, como o direito a desenvolverem atividades profissionais, bem como começaram a se envolver com questões políticas.

A partir do século XX, o processo de emancipação da mulher iniciou-se com a sua independência econômica, sindicalização, controle de natalidade, divórcio, liberação sexual, parceria tecnológica. A redução do tamanho das famílias importou ao capitalismo por que a mulher passou a ser essencial como mão-de-obra dentro do mercado, e a redução da família disponibilizou-a para o trabalho na indústria, no comércio, no setor de serviços, sendo a mulher transformada em assalariada e transferida a condição de consumidora¹⁰.

Nesse período, o movimento em prol das mulheres tinha como um dos principais objetivos dar visibilidade à violência contra a mulher e tentar combatê-la por meio apenas da criminalização de condutas. Não havia qualquer preocupação com a pessoa vítima ou quaisquer aspectos sociais.

A violência contra a mulher ganha novos contornos a partir do final dos anos 80, quando o termo violência doméstica é modificado para a categoria de *gênero*, termo utilizado por alguns autores, que aponta a violência praticada pelo homem contra a mulher, mas também de uma mulher contra o homem, entre homens ou entre mulheres, abrangendo vítimas de todas as idades e sexos, entendida de modo mais ampliado, apesar de ser normalmente perpetrada em maior probabilidade pelo homem contra a mulher¹¹.

Segundo Oliveira et al. (2017), isso ocorre porque conceituar gênero não diz necessariamente sob a desigualdade entre homens e mulheres. O termo é muito mais abrangente, incluindo também transgêneros e transsexuais. Além disso, a discussão conceitual abrange pontos de vista diversificados, passando especialmente pela questão crucial do patriarcalismo¹².

⁹ LIMA et al., 2016.

¹⁰ BARROS et al., 2010.

¹¹ DE JESUS; SOBRAL, 2017.

¹² Patriarcalismo é considerado a subordinação feminina a partir da necessidade do macho dominar as mulheres, dando ideia de dominação masculina e anulação da autonomia da mulher, na condição de vítima e cúmplice.

A utilização da categoria “gênero” introduz nos estudos sobre violência contra as mulheres um novo termo para discutir tal fenômeno social: “violência de gênero”.

A noção de dominação patriarcal, contudo, não é suficiente para explicar as mudanças que vêm ocorrendo. Devemos levar em conta, quando tratamos de violência contra a mulher como uma relação de poder, entendendo-se o poder não de forma absoluta e estática, exercido via de regra pelo homem sobre a mulher – como nos faz crer a abordagem patriarcal – mas de forma dinâmica e relacional, exercido tanto por homens como por mulheres, ainda que de forma desigual¹³.

É muito mais que uma troca de nome, isso porque a violência contra a mulher provém de uma desigualdade de gênero e não de sexo, que mantém a mulher em uma posição subordinada historicamente e enraizada na nossa sociedade. A violência de gênero, enquanto problema social, exige não apenas um reconhecimento social, mas também uma compreensão profunda e objetiva do problema, isso porque quando se tratam de problemas psicosociais, a objetividade não é fácil de alcançar¹⁴.

Essa relação de dominância presente no subconsciente social é constatada quando dados apontam que uma em cada cinco mulheres informam já terem sofrido algum tipo de violência, sendo que os parceiros são responsáveis pela grande maioria¹⁵.

As pesquisas, então, começam a analisar a dinâmica das denúncias nos sistemas policial e judicial, e a vitimização ganha destaque em virtude da frequente retirada das queixas por parte das vítimas, além das providências, geralmente, não criminais, solicitadas ao Estado. A partir desse novo cenário, o conceito de gênero, popularizado por *Joan Scott* como elemento constitutivo das relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, passou a ser utilizado para se compreender as complexidades das denúncias. A utilização da categoria “gênero” introduz nos estudos sobre violência contra as mulheres um novo termo para discutir tal fenômeno social: “violência de gênero”¹⁶.

¹³ SANTOS; IZUMINO, 2005.

¹⁴ Durán; Campos-Romero; Martinez-Pecino, 2014.

¹⁵ CELMER, 2007.

¹⁶ CELMER, 2007.

1.1. A mulher vítima e a mulher criminosa: as diversas escolas penais

A transição da Escola Clássica para a Escola Positivista (séc. XIX para o século XX) significou a mudança do estudo do crime, o qual era visto de forma abstrata, baseado em formas legais para uma forma naturalística e concreta, passando a considerar aspectos do autor e de seu contexto social.

Foi necessário um método considerado científico de análise do crime, então, desenvolveu-se o método empírico indutivo – do médico Lombroso – baseado na observação da pessoa delinquente, do seu meio e entorno, e assim, pretendendo identificar sinais de morfologia existente entre os membros dos grupos criminosos. A tese da Escola Lombrosiana era de que existiam “espécies inferiores” as quais possuíam características do “homem selvagem” e essa herança levava-os às condutas criminosas¹⁷.

Lombroso¹⁸ chamou essas características de “estigmas atávicos”, porém, com o passar dos anos não conseguiu provar que fossem esses sinais definidores da criminalidade, uma vez que não encontrou uniformidade de sinais entre criminosos para comprovar estatisticamente sua tese.

Conforme acrescenta Faria¹⁹, nessa época, o Estado necessitava das contribuições da ciência para justificar seus atos de controle e situações de contraste social e, desta forma, utilizou-se da Criminologia para tanto, isso porque o estudo da Criminologia não se limitava ao estudo e tratamento dos criminosos, mas à análise das diferenças sociais.

Nessa categorização de seres, as mulheres faziam parte do grupo cientificamente inferior, sendo que as características consideradas perigosas (detectadas nas mulheres) eram diferentes das dos homens, pois as mulheres consideradas criminosas eram aquelas de um comportamento considerado fora dos padrões do “ideal feminino” e sua punição, uma forma de proteger os costumes tradicionais. Destaca-se a obra *“A mulher e a Sociogenia”*, da autoria de Lívio Castro, publicado em 1887 no Brasil, no qual se defendia que

¹⁷ FARIA, 2008.

¹⁸ LOMBROSO, 2004.

¹⁹ FARIA, 2008.

as mulheres não poderiam ser professoras, pois tinham o mesmo desenvolvimento cerebral de uma criança²⁰.

Assim, historicamente, a mulher numa posição de fragilidade possuía o estereótipo de um ser considerado inferior e menos capaz, bem como não era vista como uma ameaça social e, quando cometessem crimes, estariam sob a influência de um homem ou por motivos de paixão²¹.

A mulher, para ser autora de qualquer desvio, receberia primeiramente uma punição social, por não ter cumprido seu papel e, caso esse desvio configurasse algum tipo penal, receberia em segundo lugar uma punição formal do Estado, pré-determinada pela ordem patriarcal de gênero. Os homens, quando punidos, tinham penas relacionadas à legalidade e ao trabalho, já as mulheres tinham que recuperar seu pudor, tanto é que os primeiros presídios femininos ficavam em conventos, as presas recebendo orientação religiosa²².

O Código Penal Brasileiro é indutor desse pensamento, o qual há bem pouco tempo previa, por exemplo, o delito de “posse sexual mediante fraude” e o aplicava apenas quando se tratava de uma “mulher honesta”²³.

Atualmente, a legislação evoluiu e revogou alguns crimes, contudo, os resquícios do pensamento machista sobreviveram. Netto e Borges²⁴ referem que o aborto, o infanticídio e o abandono de incapaz para ocultar densora própria são crimes que o atual Código Penal Brasileiro prevê desde 1940 e são extremamente discriminatórios, isso porque a grande particularidade dos mesmos é que somente são passíveis de serem cometidos por mulheres.

As palavras do mestre Zaffaroni²⁵ definem muito bem o que vivenciamos:

²⁰ FARIA, 2008.

²¹ MATOS; MACHADO, 2012, p. 34.

²² NETTO; BORGES, 2013.

²³ Com o nome criminis de posse sexual mediante fraude, na redação antiga o art. 215 do Código Penal punia a conduta de: “Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude”. Agora, conforme a Lei n. 11.106/2005, a redação do art. 215 passou a ser a seguinte: “Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”.

²⁴ NETTO; BORGES, 2013.

²⁵ ZAFFARONI, 1995, p. 32-33.

Assentado na discriminação e na repressão, nasceu um modelo de sociedade europeia mercantilista, colonizadora, verticalizada, que se espelharia pelo mundo inteiro, ampliando a discriminação, tanto para tutelar, quanto para reprimir a todos considerados “diferentes”, desde motivos de raça até doentes, prostitutas, viciados.

Acrescentam Matos e Machado²⁶ que na abordagem da criminologia tradicional, a criminalidade feminina tem sido reduzida a estereótipos dominantes, e isso tem levado a que os estudos tradicionais sobre a mulher foquem apenas em determinados tipos de crime, com especificidades associadas à figura feminina. Ou seja: nos discursos tradicionais da criminologia a mulher tem sido ignorada ou analisada com base nos estereótipos de gênero inerentes ao discurso social dominante, sendo duplamente desviantes, por transgredir a lei e os papéis de gênero convencionais.

A partir da década de 40 nos Estados Unidos e da década de 60 na América Latina e Europa, o fenômeno criminal passou a ser estudado por duas vertentes da sociologia contemporânea: o interacionismo simbólico e a etnometodologia, uma ruptura metodológica e epistemológica no âmbito da criminologia – *Labeling Approach*, abandonando a etiologia, a defesa social e centrando-se na análise da criminalidade sob a perspectiva da reação social e seleção, ou seja, elegendo as instâncias formais de controle social como constitutivas daquela²⁷.

O criminoso e a criminalidade não são mais vistos como entes pré-constituídos, mas, sim, realidades construídas socialmente a partir de processos de definição e de interação, acrescenta Cunha²⁸. Ao invés de perguntar: “Quem é criminoso?”, “Como se torna desviante?”, “Em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “Com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”, opera-se uma guinada questionando: “Quem é definido como desviante?”, “Que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”.

Mas é a partir do abandono do *Labeling Approach* e com o surgimento do marxismo que vivenciamos um período chamado “crítico”

²⁶ MATOS; MACHADO, 2012.

²⁷ CUNHA, 2016.

²⁸ CUNHA, 2016.

da Criminologia, no qual a criminalidade deixa de ser uma qualidade ontológica de determinados indivíduos, analisando-se agora as suas causas sociais²⁹.

O objeto da criminologia passa a ser o processo de criminalização social, conquanto também analise as instâncias estatais responsáveis pela punição e considera a história para entender quais valores, comportamentos e pessoas são considerados desvios e desviantes. Ela irá refletir que o Direito Penal, proclamado igualitário, não cumpria a sua promessa³⁰.

Assim, a Criminologia transferiu todo o foco do autor e das causas do desvio para condições objetivas e funcionais, e para mecanismos sociais e institucionais que criam e aplicam as noções de desvio e de criminalidade. Esse ciclo vai desde o processo legislativo até a execução penal, aplicando o Direito Penal somente para bens essenciais, nos quais estão interessados todos os cidadãos³¹. Dentro dessa perspectiva essa teoria serve para questionar a política criminal e descriminalizar alguns delitos referentes à sexualidade e ao gênero.

Segundo Cunha³², dentro desse contexto, a mulher também foi ignorada pela Criminologia Crítica, pois esta se preocupou com as condições objetivas, estruturais e funcionais que estão na base do desvio, e para os mecanismos sociais e institucionais que criam e aplicam as noções de “desvio e criminalidade” que operam os processos de criminalização.

Alguns especialistas descrevem transformações semânticas criminológicas críticas no final da década de 1970, um dos vetores relevantes nas mudanças é a diverdificação dos discursos críticos naquilo que é descrito como “descoberta da vítima”, além da função instrumental da pena como mecanismo estratégico na proteção de direitos³³.

É nessa mesma década que surgiram então as Teorias Feministas do Direito, as quais contribuíram para a Criminologia Crítica. Nesse período, o feminismo ressurgiu associado aos movimentos políticos de libertação, e nesse contexto as jovens mulheres se indignam ao

²⁹ CUNHA, 2016.

³⁰ NETTO; BORGES, 2013.

³¹ CARVALHÃES; JAPIASSU, 2016.

³² CUNHA, 2016.

³³ MACHADO; AGNELLO, 2016.

perceber que seus companheiros de “luta libertária” as veem apenas como assessoras, quer de trabalho, quer de prazer³⁴.

Netto e Borges³⁵ referem que as Teorias Feministas trouxeram uma visão macroestrutural da criminalização, entendendo as mulheres como mais um grupo criminalizado por estar inserido num Estado capitalista e patriarcal, além do quê, a criminalização de certos grupos na sociedade viola os Direitos Humanos, e por isso deve contar com a teoria crítica dos direitos como instrumento de investigação.

Tais teorias tentam desconstruir padrões tidos como únicos e de normalidade, responsáveis pela perpetuação da dominação masculina, bem como questionam o modelo androcêntrico e uniforme do Direito³⁶, abordando as questões de gênero dentro do sistema penal e carcerário.

O movimento feminista pugnou pelo abandono da diferença entre sexos, afirmando que essa diferença não deve ser determinada apenas por condições biológicas, mas também por consequências da construção social da realidade, rompendo com o determinismo biológico e emergindo a uma dimensão social³⁷.

Dá-se lugar a uma multiplicidade de perspectivas, pois, se por um lado a ideia central é a postura crítica, de marcada oposição à subjugação das mulheres nas sociedades patriarcais, por outro lado, se posicionam de forma divergente relativamente a questões particulares, como a própria conceituação da opressão da mulher ou a posição epistemológica assumida³⁸. “Não será por acaso que nas inúmeras referências da literatura ao feminismo predominam designações como perspectivas feministas ou feminismos em detrimento do termo feminismo”³⁹.

O desenvolvimento dessas teorias e estudos feministas é reflexo das mudanças sociais e políticas que ocorriam na época, assim como alguns movimentos sociais, acompanhando o processo de redemocratização do país, sendo que tinham como principal objetivo

³⁴ MATOS; MACHADO, 2012.

³⁵ NETO; BORGES, 2013.

³⁶ CARVALHÃES; JAPIASSU, 2016.

³⁷ DE JESUS; SOBRAL, 2017.

³⁸ MATOS; MACHADO, 2012.

³⁹ MATOS; MACHADO, 2012, p. 34.

Advertem Machado e Dias, que as abordagens feministas são as que atribuem um maior papel aos fatores culturais na explicação da violência conjugal, todavia negligenciam quando outras dimensões importantes, tais como classe e etnia, criam um espécie de visão em túnel.

dar visibilidade à violência contra a mulher e tentar combatê-la⁴⁰. Celmer⁴¹ critica esse período, afirmando que os primeiros estudos buscavam apenas identificar os principais crimes mais denunciados, as vítimas e os agressores, porém não superaram as dificuldades teóricas relativas à conceituação de violência contra as mulheres e a violência de gênero, pois não abandonaram totalmente a ideia de patriarcado.

No mesmo sentido, Machado e Dias⁴², asseguram:

Por um lado a quase ausência de estudos criminológicos, onde é praticamente invisível como agressora, como vítima ou em qualquer tipo de relação com o sistema de justiça criminal. Por outro lado, a sua presença desajustada nos estudos da criminologia, através da distorção das suas experiências transgressivas de modo a enquadrá-la nos estereótipos dominantes.

Advertem Machado e Dias⁴³, que as abordagens feministas são as que atribuem um maior papel aos fatores culturais na explicação da violência conjugal, todavia negligenciam quando outras dimensões importantes, tais como classe e etnia, criam um espécie de visão em túnel.

Concluem que, uma ideia única de violência de gênero deve ser desconstruída, e a multiplicidade de experiências femininas devem ser reconhecidas percebendo-se estruturas de dominação da mulher para mulher, pois baseadas em diferentes aspectos: raça, classe, idade, orientação sexual. Trata-se da mesma Teoria Feminista, mas uma Teoria Feminista Multicultural, que “apela a uma noção mais complexa de cultura, das suas multiplicidades e contradições, assim como à desconstrução da forma linear e enviesada como algumas culturas têm sido representadas”⁴⁴.

Nesse mesmo sentido, Machado e Agnello⁴⁵ (2016) advertem que o movimento feminista contempla ampla diversidade interna e requer cuidado na generalização quanto a diferentes temas, propondo que

⁴⁰ CELMER, 2007.

⁴¹ CELMER, 2007.

⁴² MATOS; MACHADO, 2012, p. 34.

⁴³ MACHADO; DIAS, 2010.

⁴⁴ MACHADO; DIAS, 2010, p. 24.

⁴⁵ MACHADO; AGNELLO, 2016.

haja uma moldura hermenêutica da diversidade discursiva das abordagens feministas, ciente da complexidade com que se observam a intervenção penal.

Em termos penais, o discurso feminista oficial vem simplificando excessivamente a violência contra a mulher nas relações conjugais, como se a subordinação da mulher na sociedade fosse causa suficiente para explicar a violência⁴⁶. Além disso, esse discurso mostra-se excessivamente determinista, como se a desigualdade de gênero fosse a causa principal e tivesse capacidade de alterar por si só as taxas de vitimização das mulheres, ignorando outras desigualdades. Ademais, atribuir ao direito penal a tarefa ingênua de alterar essa lacuna estrutural, vista como a principal responsável pela vitimização das mulheres, seria um erro.

Isso ocorre também na Espanha, segundo Pijoan⁴⁷, sendo que esse posicionamento foi criticado inclusive por algumas feministas, as quais argumentaram que o comportamento não é irracional ou individual, pois tem um propósito e responde a um certo contexto social e cultural nas quais as vítimas estão inseridas. Assevera que existem fatores situacionais mais importantes para entender o desenrolar dos casos violentos, impedindo que a complexidade do fenômeno seja visualizada e impedindo que se tome políticas sociais mais efetivas.

Segundo Matos e Machado⁴⁸, é apenas nos anos 90 que surgem discursos científicos sobre a transgressão feminina, que atendem ao gênero e que o conceitualizam como fundamental na abordagem a este fenômeno. Estas abordagens permitem a desconstrução dos discursos tradicionais sobre feminilidade e transgressão, possibilitando a reconstrução desses discursos, deixando a mulher de ser duplamente desviante e associada a crimes “tipicamente femininos”. A mulher passa então a ter voz (e poder) na reconstrução dos discursos de transgressão.

Entretanto, Matos e Machado⁴⁹ alertam que o compromisso político subjacente às abordagens feministas, quando excessivo, pode

⁴⁶ PIJOAN, 2007.

⁴⁷ PIJOAN, 2007.

⁴⁸ MATOS; MACHADO, 2012.

⁴⁹ MATOS; MACHADO, 2012.

conduzir à exclusão das experiências masculinas e que ainda hoje alguns olhares sobre a transgressão, feminina e masculina, associam-na a fatores individuais, de ordem biológica ou psicológica, insistindo numa leitura determinista do comportamento criminal e concluem “No caso feminino, esses olhares são reforçadores dos estereótipos de gênero, razão pela qual a história das perspectivas feministas na criminologia se continua a escrever”⁵⁰.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS LEIS PROTETIVAS

Após a Revolução Francesa, movimento que foi um marco para todo o Ocidente e contou com a participação feminina, embora em menor escala, no dia 08 de março de 1857, na cidade de Nova York, operárias de uma fábrica têxtil aderiram a uma greve pautadas por melhores condições de trabalho, sendo reprimidas com encarceramento, e em seguida foram mortas carbonizadas. Foram mortas em torno de 130 tecelãs. Em homenagem a essas mulheres mortas, no ano de 1910, durante uma conferência na Dinamarca, o dia 08 de março passou a ser considerado o dia Internacional da Mulher, mas somente em 1975 a data foi oficializada pela ONU⁵¹.

Em 1946, a ONU criou a Comissão de Status da Mulher (CSW) com a função de promover o direito das mulheres nas áreas política, social e educacional. Em 1979, realizou-se a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), a qual foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. No Direito Brasileiro, a violência contra a mulher ganhou espaço quando o país ratificou a CEDAW⁵².

O principal diploma civilístico brasileiro, datado de 1916, e o Código Comercial de 1850 previam a responsabilidade legal do homem sobre a família, sendo a mulher submissa à sua autorização para exercer uma profissão e também, condicionava a atividade comerciária da mulher à autorização do marido através de escritura pública.

No entanto, o feminismo passou a ganhar força após a Segunda Guerra Mundial com o ingresso das mulheres no mercado de trabalho e

⁵⁰ MATOS; MACHADO, 2012, p. 41.

⁵¹ LIMA et al., 2016.

⁵² GUIMARÃES; PEDROZA, 2015.

A Constituição Federal (1988) trouxe o princípio da igualdade como cláusula pétrea e também como direito fundamental, prevendo a igualdade de gênero, ao expressar no artigo 5 que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, bem como homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

em cursos superiores. Sobreveio então a Lei nº 4.121 (1962), conhecida como “Estatuto da Mulher Casada” a qual foi um marco evolutivo na busca da igualdade de gêneros no Brasil, ao suprimir o papel do homem como chefe absoluto da sociedade conjugal e ao conferir alguns direitos às mulheres.

Em 1985, houve a implantação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) e a primeira Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM) no Brasil. Nessa época, o Estado Brasileiro via a problemática da mulher apenas sob o ponto de vista da justiça e da segurança pública. Hoje, também, têm sido criados mecanismos com vista ao fortalecimento das políticas de prevenção e combate à violência contra a mulher⁵³.

A Constituição Federal (1988) trouxe o princípio da igualdade como cláusula pétrea e também como direito fundamental, prevendo a igualdade de gênero, ao expressar no artigo 5⁵⁴ que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, bem como homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

Com a promulgação da Constituição Federal, no ano de 1988, algumas mudanças ocorreram no papel social das brasileiras, entretanto, não foi suficiente para mudar a cultura e a forma como a mulher era vista e tratada na sociedade, principalmente pelos seus companheiros, os quais continuavam a praticar atos de violência contra as suas companheiras⁵⁵.

A igualdade então mencionada pela Carta Constitucional Brasileira restava em seus maiores termos apenas formais, fazendo-se necessárias ações afirmativas no contexto da violência doméstica, pois a justiça legal não era suficiente, sendo influenciada por fatores sociais, econômicos, culturais e psicológicos, o que mais tarde culminou com a edição da Lei Protetiva de n. 11.340 (2006): a Lei Maria da Penha.

⁵³ LIMA et al., 2016.

⁵⁴ Art. 5º. da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (...)”.

⁵⁵ LIMA et al., 2016.

A SPM é um grande marco no combate à violência contra as mulheres, como questão atinente à saúde pública, pois mostrou-se mais eficaz na criação de políticas, realização de eventos e medidas de prevenção até os dias atuais.

Já no âmbito internacional, podemos mencionar que, em 1993, realizou-se pela ONU a Convenção Mundial dos Direitos Humanos, a chamada Convenção de Viena, sendo erigido a direito fundamental internacional o caráter de direito humano aos direitos das mulheres.

Em 1995, o Brasil passou a fazer parte da Convenção de Belém do Pará⁵⁶, que consiste na Convenção Interamericana, um tratado entre os países da América, com o objetivo de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, estabelecendo no seu capítulo II, artigos que permitiam às mulheres o direito à liberdade e igualdade⁵⁷. Nesse aspecto depreende-se que o documento chamou atenção especial ao papel do Estado, sobretudo na elaboração de políticas públicas para enfrentar os casos de violência doméstica.

O governo brasileiro estabeleceu em 2003 a Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM) com a finalidade de promover a igualdade entre gêneros e combater todas as formas de violência, preconceito e discriminação e atua em três linhas principais: políticas do trabalho e da autonomia econômica das mulheres, combate à violência contra as mulheres, e programas e ações nas áreas de saúde, educação, cultura, participação política, igualdade de gênero e diversidade (Lei nº 10.863/ 2003 de 28 de Maio)⁵⁸. A SPM é um grande marco no combate à violência contra as mulheres, como questão atinente à saúde pública, pois mostrou-se mais eficaz na criação de políticas, realização de eventos e medidas de prevenção até os dias atuais.

O ordenamento jurídico anterior já havia tentado diferenciar e especificar o crime de violência de gênero, porém, nenhum dos antecedentes anteriores à Lei Maria da Penha, ou seja o Novo Código Civil Brasileiro, a Lei nº 10.455/02 e a Lei nº 10.866/04, que acrescentou o delito de violência doméstica no Código Penal, empolgou. A violência doméstica continuou acumulando estatísticas, isto porque a questão continuava sob o pálio dos Juizados Especiais Criminais e sob a incidência dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Assim, era imperiosa uma autêntica ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica, a desafiar

⁵⁶ A Convenção de Belém do Pará afirma que violência doméstica é “qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto privado”.

⁵⁷ PINAFI, 2007.

⁵⁸ LIMA et al., 2016.

a igualdade formal de gênero, na busca de restabelecer entre os sexos a igualdade material⁵⁹.

Contudo, o avanço legislativo não é suficiente para transformar a realidade, pois embora tenhamos Constituições mais avançadas com inúmeros direitos, a realidade é muito mais complexa e as soluções passam pelo direito, pela política, pela educação e pela cultura. Não fosse apenas isso, a interpretação legislativa é extremamente importante para fazermos justiça nos casos concretos.

Assim, em 2006, foi promulgada a Lei n. 11.340, um avanço na proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Podemos citar, dentre inúmeras especificidades, a punição aos agressores e a disposição sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, além de alterar o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal e criar as casas-abrigos que recebem as mulheres em situação de risco ou em violência doméstica. Além disso, ao tratar a violência doméstica como infração de maior potencial ofensivo, tornaram-se inaplicáveis os benefícios da suspensão condicional do processo e da transação penal e retirou-se a competência dos Juizados Especiais Criminais para julgar tais crimes, fazendo que da prática resultasse maior eficácia⁶⁰.

O dispositivo legal foi de grande importância, pois a partir da sua promulgação as pessoas passaram a respeitar mais os direitos das mulheres, e os homens a temer a sua punição, porém, apesar dos avanços, estes mecanismos ainda não foram suficientes para extinguir a violência⁶¹.

Alguns anos depois, em 2014, ao perceber que os números de homicídios haviam duplicado, foi publicado o Mapa da Violência, o qual apresentou taxas de homicídios de mulheres passando de 2,3 (1980) para 4,8 homicídios por 100 mil mulheres⁶². Diante desses dados, em 9 de março de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.104, a qual previu o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, sendo incluído, pois, no rol dos crimes hediondos⁶³.

⁵⁹ BASTOS, 2006.

⁶⁰ GUIMARÃES; PEDROZA, 2015.

⁶¹ LIMA et al., 2016.

⁶² WAISELFISZ, 2012.

⁶³ LIMA et al., 2016.

E por fim, visando dar maior eficácia a Lei e com o fim de proporcionar segurança às vítimas, foi promulgada a Lei n. 13.827/19, a qual possibilitou a autoridade policial a aplicação, de medidas protetivas de urgência, determinando o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça⁶⁴.

2.1. A Lei N. 11.340/06

A Constituição Federal de 1988 foi um marco jurídico na busca da igualdade entre homens e mulheres, a partir dela algumas mudanças ocorreram no papel social das brasileiras, especialmente no plano jurídico, entretanto, não foram suficientes para mudar a cultura e a forma como a mulher era vista e tratada na sociedade, principalmente, pelos seus companheiros, os quais continuavam a praticar atos de violência contra as suas companheiras⁶⁵.

A determinação constitucional foi complementada pela legislação estadual, promulgou-se a Lei n. 8.930/94 a qual incluiu o estupro no rol dos crimes hediondos; a Lei n. 9.318/96 agravou a pena dos crimes cometidos contra mulher grávida.

Apenas em 2006, foi promulgada a Lei n. 11.343, um avanço na proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e uma resposta a condenação brasileira perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, depois do paradigmático caso envolvendo Maria da Penha Maia Fernandes⁶⁶. Tal lei é fruto de pressões internacionais deflagradas pela resistência do Brasil em enfrentar de maneira mais contundente a questão da violência de gênero e traduziu os anseios de estabelecer uma ação normativa que formalmente reconhecesse a gravidade das violências sofridas pela mulher em seu ambiente privado, que desconstruem sua personalidade e que numa escalada de abusos podem chegar ao seu assassinato⁶⁷.

⁶⁴ Conforme dispõe o art. 12-C da Lei n. 13.827/19 “Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor, será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: I - pela autoridade judicial, II- pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia”.

⁶⁵ LIMA et al., 2016.

⁶⁶ Maria da Penha Maia Fernandes é uma farmacêutica brasileira que lutou para que seu agressor viesse a ser condenado. Maria da Penha hoje é líder de movimentos de defesa dos direitos das mulheres. A Lei n. 11.340/06 recebe o apelido de “Lei Maria da Penha” em virtude desse caso.

⁶⁷ TAVARES; SILVA, 2017.

Nesse cenário, a Lei Maria da Penha surgiu não apenas com a pretensão de reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas, sobretudo, com a finalidade de atuar como um verdadeiro instrumento de prevenção e assistência às mulheres nessas condições. É uma lei que luta contra entraves criminais, mas sobretudo, contra questões culturais, enraizadas na nossa sociedade ao longo de décadas.

A lei também pode ser considerada um instrumento de política pública, uma vez que o conceito de política pública está relacionado a procedimentos formais e informais destinados a resolução pacífica de conflitos. Com isso a Lei em comento pode ser entendida como uma política do Estado Brasileiro que cria mecanismos para coibir a criminalidade⁶⁸. Além disso, não são apenas as mulheres que se beneficiam de seus frutos, mas toda a sociedade.

Com a Lei, foram criados serviços especializados de atendimento as mulheres, as Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres – DEAMs e outros prestados pela rede de enfrentamento da violência contra a mulher, ressaltando-se o caráter humanizador e acolhedor no atendimento às vítimas de violência por parte das autoridades policiais, tendo em vista que as Delegacias se constituem como porta de entrada para efetivação da denúncia e, muitas vezes, para a quebra do ciclo de violência em que a mulher está inserida⁶⁹.

Conforme o relatório do Senado Federal, os órgãos mais procurados para denunciar as agressões são: a polícia (50%), as delegacias da mulher (31%) e as delegacias comuns (9%)⁷⁰.

Relatar uma questão é importante, já que é improvável que o crime receba uma atenção legal, a menos que alguém chame a polícia, alertando que apenas é relatada “a ponta do iceberg”, conforme informam Felson e Feld⁷¹. Os autores, em estudo específico, referem que terceiros são mais propensos a denunciar a violência contra as mulheres do que outras violências, e que essa denúncia é maior quando envolve estranhos do que quando envolve conhecidos.

⁶⁸ AMÂNCIO; FRAGA; RODRIGUES, 2016.

⁶⁹ DE JESUS; SOBRAL, 2017.

⁷⁰ SENADO FEDERAL, 2019.

⁷¹ FELSON; FELD, 2009.

Embora tenha sido elaborada a Lei Maria da Penha e tenha sido criada a Política Nacional de Combate à Violência contra a Mulher, com avanços relevantes, o Brasil continua dentre os países que apresentam os níveis mais altos de violência contra as mulheres. Dados chocantes mostram que 13 mulheres são assassinadas a cada dia no Brasil.

Amâncio, Fraga e Rodrigues⁷² em trabalho realizado acerca da efetividade da lei, referem que a mesma foi eficaz quando trouxe outros benefícios além dos jurídicos, citando como exemplo a criação de estruturas administrativas e judiciais para intervir nos casos de conflito (centros de referência, casas abrigo, Juizados Especiais, etc.) ou aparatos institucionais (Conselhos Municipais de Defesa dos Direitos da Mulher).

Em análise específica aos delitos de estupro, asseveram que a presença de conselhos nos municípios estimula o aumento das denúncias, uma que vez que cria um ambiente para articulação de propostas, promoção de ações educativas e execução de programas que atendam aos direitos da mulher, assim o conselho evidencia-se como uma ferramenta no enfrentamento da violência contra a mulher. Por outro lado, a presença do conselho não é capaz de mitigar as taxas de violência, sendo necessário um maior grau de organização entre os agentes sociais⁷³. Concluíram que a violência contra a mulher ocupa uma dimensão alarmante no país, e este quadro se deteriora ainda mais se forem consideradas as taxas de subnotificação, em que a mulher, por medo do agressor ou do julgamento social, opta por não realizar a denúncia junto às autoridades competentes.

Embora tenha sido elaborada a Lei Maria da Penha e tenha sido criada a Política Nacional de Combate à Violência contra a Mulher, com avanços relevantes, o Brasil continua dentre os países que apresentam os níveis mais altos de violência contra as mulheres. Dados chocantes mostram que 13 mulheres são assassinadas a cada dia no Brasil⁷⁴.

Mesmo após a institucionalização da Lei n. 11.340/06, os casos de violência doméstica não apresentaram quedas significativas⁷⁵. No caso da violência doméstica, o fato de o homem sentir-se o protetor ou o proprietário da mulher não é incomum que ele reincida e ainda venha sendo constatada a máxima “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”.

Em pesquisa pelo DataSenado (2017) em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência, apontou-se um aumento expressivo no

⁷² AMÂNCIO; FRAGA; RODRIGUES, 2016.

⁷³ AMÂNCIO; FRAGA; RODRIGUES, 2016.

⁷⁴ SENADO FEDERAL, 2017.

⁷⁵ OLIVEIRA; LIMA; ARANA, 2017.

percentual de mulheres que declararam ter sofrido algum tipo de violência doméstica. De acordo com o levantamento, de 2015 para 2017, o índice passou de 18% para 29%. A pesquisa realizada a cada dois anos, desde 2005, sempre apontou resultados entre 15% e 19%⁷⁶.

No mês de dezembro de 2019 divulgaram-se novos dados, sendo que o percentual chegou a 27% e permanece, assim, praticamente inalterado, tendo em vista que incide dentro da margem de erro. Assim, o retrato que se desenha a partir das três últimas pesquisas da série histórica é, portanto, de que o aumento verificado entre 2015 e 2017 levou esse indicador a um novo patamar, que se manteve estável em 2019⁷⁷.

Ainda, cabe informar que no levantamento de 2019, assim como nos anos anteriores, os principais responsáveis pelas agressões relatadas são companheiros e ex-companheiros. Em 2011, 13% das mulheres vítimas de violência apontaram um “ex” como agressor, enquanto em 2019 esse número subiu para 37%. O relatório concluiu que pelo menos 36% das brasileiras já sofreram violência doméstica, de alguma forma⁷⁸.

Interessante destacar também que conclui-se que atos como humilhar a mulher em público, tomar seu salário ou outras situações nem sempre são reconhecidos por elas como violência. Isso porque a violência a que nos referimos se trata de uma violência despertada num processo contínuo, no qual um indivíduo deprecia sistematicamente e destrói outra pessoa, daí tornando muito mais difícil de combatê⁷⁹.

Os órgãos envolvidos – especialmente o Poder Judiciário – devem compreender esta problemática na eficiência de sua feição já judicializada, e em que medida, enquanto instituição do sistema de justiça, mantém-se atenta e dialoga com o que consiste a verdadeira natureza da Lei Maria da Penha, com aquela que não se limita ao recrudescimento do tratamento criminal das situações lá previstas, mas traduz-se numa proposta de uma macroestrutura de intervenção⁸⁰.

⁷⁶ SENADO FEDERAL, 2017.

⁷⁷ SENADO FEDERAL, 2019.

⁷⁸ SENADO FEDERAL, 2019.

⁷⁹ OLIVEIRA; LIMA; ARANA, 2017.

⁸⁰ TAVARES; SILVA, 2017.

O âmbito doméstico da mulher vítima refere-se ao espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; o familiar, engloba a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (ex: contra esposa, filha, mãe, avó, irmã, sogra, cunhada) e o âmbito afetivo é aquele no qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (ex: contra namorada, ex-namorada, amante)⁸¹.

Como pertinentemente observa Bianchini⁸²: “não foram contemplados, portanto, outros contextos em que a violência de gênero pode se manifestar, como por exemplo, no trabalho, na escola, ou no âmbito institucional, praticada nas instituições prestadora de serviço públicos, como hospitais, postos de saúde, delegacias, prisões”.

De acordo com a jurisprudência prevalece o entendimento de que a vítima é a mulher, violada nos contextos mencionados com base em questões de gênero e, englobando a mulher inserida numa relação homossexual, tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo 5º, segundo o qual: “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”⁸³.

Dentro das Delegacias de Polícia, as mulheres são atendidas, a ocorrência é registrada, elas são orientadas de seus direitos, especialmente quanto à possibilidade de concessão de medidas protetivas de urgência e dos recursos da rede. A Lei, portanto, não se resume à punição do agressor, objetivando também a conscientização da vítima em relação aos seus direitos e garantias proporcionadas pelo Estado, para que esta denuncie as violências sofridas.

Dois elementos foram preponderantes para a proteção das vítimas de violência doméstica no Brasil: a criminalização da violência doméstica no ano de 2006 e a possibilidade de aplicação de medidas protetivas às vítimas no ano de 2013.

Um dos principais avanços decorreu do fato de que a lei impossibilitou a renúncia da vítima à ação penal para alguns crimes durante a fase pré-processual, ou seja, na fase policial, sendo que as vítimas

⁸¹ NETO, 2016.

⁸² BIANCHINI, 2014, p. 44.

⁸³ ARAÚJO, 2016.

O Brasil não possui um sistema unificado de denúncia para casos de violência e demais violações de direitos, usando de diferentes sistemas e assim dificultando a obtenção de dados epidemiológicos mais consistentes.

somente poderão renunciar a ação penal na fase judicial perante um magistrado. Ademais, impediu-se a aplicação de penas alternativas à prisão ao agressor, como forma de inibir a prática delituosa. Segundo Luz⁸⁴, esse aspecto é de avanços incalculáveis, pois ao deixar de tratar a situação como privada, tornou-a um problema público, um problema de justiça social.

A lei elencou nos seus artigos 22, 23 e 24 a possibilidade de concessão às vítimas das chamadas medidas protetivas de urgência, sempre com o objetivo de atender aos interesses da vítima, viabilizando a sua necessária assistência preliminar ou restringindo alguns direitos do agressor. Ocorre que, até a recente edição da Lei n. 13.827/2019⁸⁵, somente poderiam ser decretadas pela autoridade judicial, prejudicando a sua eficácia e deixando as vítimas, embora em curto prazo, expostas à possíveis novas agressões.

Não fosse apenas isso, a assistência prestada em casos de violência doméstica apresenta sérias deficiências, o tempo de espera para assistência e serviços sociais é lento, além de cada serviço ser realizado em escritórios distintos, o que requer se deslocar de um serviço para outro⁸⁶. A falta de recepção e informação sobre os procedimentos e a fragmentação da rede de serviços são uma das principais razões para a insatisfação das vítimas.

O Brasil não possui um sistema unificado de denúncia para casos de violência e demais violações de direitos, usando de diferentes sistemas e assim dificultando a obtenção de dados epidemiológicos mais consistentes. O controle epidemiológico da violência no país tem sido feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), porém não oferece uma visão geral da extensão da violência para toda a população⁸⁷. O sistema de denúncias conta com um telefone nacional, de número 180, o qual já se encontra com certa visibilidade, contudo, burocrático, pois inexistente ligação imediata com os locais em que a situação está ocorrendo.

⁸⁴ LUZ, 2015.

⁸⁵ Lei n. 13.827/19 alterou a Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

⁸⁶ KOLLER et al., 2017.

⁸⁷ KOLLER et al., 2017.

Com certeza, nesses casos, há necessidade de serviços de apoio definidos, mais flexíveis e adaptáveis, tanto para atender às necessidades reais de apoio quanto para ampliar a gama de opções para as mulheres que buscam apoio⁸⁸. Ademais, as necessidades de apoio social sejam de longo prazo, e não apenas destinadas à orientação da crise em curto tempo.

Terra et al.⁸⁹, sugerem que os fluxos de serviços que compõem a rede secundária estejam conectados e que os profissionais que atuam nesses serviços tenham metas e objetivos comuns no processo do cuidado ofertado às mulheres que buscam os serviços, para a garantia dos direitos e combate às desigualdades de gêneros. Para isso deverá ser abandonado a visão individualizada do medo e da vergonha como faltas subjetivas das mulheres individualmente, levando em conta a realidade concreta de suas vidas e de suas comunidades.

Refletir sobre as formas de enfrentamento da violência após a agressão, é um aspecto importante a ser considerado nos delitos de violência doméstica⁹⁰. Mesmo após a responsabilização do agressor evidencia-se a necessidade da estruturação da rede de serviços pela gestão pública para propiciar assistência e empoderamento às mulheres vítimas.

Gomes et al.⁹¹, criticam a efetividade da Lei n. 11.340/06, com relação às formas de enfrentamento adotadas pelas mulheres após a agressão, observando que algumas denunciam a nova agressão à DEAM, rompendo as barreiras com a situação de violência em seu domicílio, objetivando resolver a problemática, outras porém, optam por não denunciar o agressor em decorrência da intimidação sobre a reação deste e do medo da morte.

Essa sensação de impunidade referida pelas mulheres parece traduzir a dificuldade das instituições públicas em reconhecer e combater a opressão social e econômica que impera, principalmente nas camadas mais populares, quando o poder público não atua na regulação dos conflitos, definindo direitos e deveres, mas atua es-

⁸⁸ LIANG et al., 2005.

⁸⁹ TERRA et al., 2015.

⁹⁰ GOMES et al., 2014.

⁹¹ GOMES et al., 2014.

Não podemos deixar de afirmar que a violência como um todo deve ser prevenida, pois faz-se necessário intervir antes que a violência efetivamente ocorra, a fim de que os números criminais sejam efetivamente reduzidos.

pecialmente na concessão e manutenção de privilégios, numa sociedade estabelecida dentro de desigualdades sociais, dentre essas, a de gênero⁹².

Isso porque, ao contrário de outras relações sociais, as relações entre parceiros íntimos incluem uma ampla gama de contatos, incluindo comer, dormir, co-parentalidade, brincar, trabalhar, tomada de decisões grandes e pequenas, e atividade sexual. A natureza fluida, liberal e íntima dessas interações podem causar violações sutis e o abuso é difícil de ser detectado e ainda mais difícil de entender ou definir. Além disso, a violência em um relacionamento íntimo pode estar mudando constantemente, com abusadores alternando entre violência e amor⁹³.

Para muitos, a Lei Maria da Penha falha ao priorizar a punição do homem na condição de agressor, pois não contempla aspectos inerentes às singularidades das relações estabelecidas entre o homem e a mulher no contexto dos atos violentos e não impede a ação do autor da violência por medo da punição. Ao fazer isso, ou seja, ao universalizar as situações de violência, não prioriza a prevenção no intuito de antecipar-se à ocorrência da violência⁹⁴.

Por se constituir, na maioria dos casos, no espaço do lar, por ser perpetrada por aqueles que possuem relação de intimidade, a violência contra a mulher é pouco presenciada, tornando-se invisível, e, muitas vezes, banalizada ou naturalizada.

Assim, todas as instituições atuantes nesse árduo caminho percorrido pelas vítimas devem dispor da especialização necessária para atendimento. Uma formação especializada, desmistificando crenças fortemente vinculadas a diferenciações de gênero, desenvolvimento de atitudes proativas, alteração dos níveis de tolerância ao problema de violência doméstica podem contribuir para a melhoria da intervenção⁹⁵. Não podemos deixar de afirmar que a violência como um todo deve ser prevenida, pois faz-se necessário intervir antes que a violência efetivamente ocorra, a fim de que os números criminais sejam efetivamente reduzidos.

⁹² TERRA et al., 2015.

⁹³ LIANG et al., 2005.

⁹⁴ GOMES et al., 2014.

⁹⁵ SANI et al., 2018.

Devemos implementar estratégias de prevenções primárias, promovendo a construção de relacionamentos saudáveis e medidas tendentes a aumentar ambientes de apoio emocional, que facilitem interações respeitosas e de comunicação aberta, alertam Black *et al.*⁹⁶. Os pais modelam os relacionamentos em seus filhos, e que a promoção de relacionamentos respeitosos e não violentos não é apenas responsabilidade de indivíduos e parceiros, mas também da comunidade em que vivem⁹⁷.

Existe, sem dúvida, um problema social que precisa do envolvimento da sociedade civil e da atuação política coordenada, com medidas efetivas de redução dos índices de violência. Certamente, a Lei Maria da Penha foi e é um importante passo na proteção dos direitos da mulher pois possibilitou o aumento das denúncias, além disso o próprio escopo legal, caracterizado pela imposição de medidas severas, atuando no sentido de desestimular a ação criminosa⁹⁸.

Não podemos perceber a violência doméstica e familiar como um problema individual da vítima, sua banalização como algo menor atrelada à invisibilidade dos serviços de saúde e assistência social. Sua valoração como tema de menor importância nos serviços especializados perpetua a magnitude do problema e dificulta a garantia dos Direitos Humanos das mulheres conquistados a partir de uma luta que leva décadas⁹⁹.

CONCLUSÃO

As desigualdades de gênero são historicamente sentidas atingindo todas as mulheres, independente de idade, etnia, classe social. Essas violências sistêmicas perduram variando apenas em grau, sendo produzidas socialmente e reproduzidas ao longo dos anos. São sutis, muitas vezes e difíceis de constatar.

A persistência das discriminações passam por questões culturais, e revelam sobretudo, a necessidade urgente de olharmos também para as raízes históricas do problema, criando condições de punição em casos de violência, mas também de prevenção.

⁹⁶ BLACK *et al.*, 2011.

⁹⁷ BLACK *et al.*, 2011.

⁹⁸ AMÂNCIO; FRAGA; RODRIGUES, 2016.

⁹⁹ TERRA *et al.*, 2015.

A mulher deve possuir o direito de não sofrer agressões no espaço público ou privado, a ser respeitada em suas especificidades e a ter garantia de acesso aos serviços da rede de enfrentamento à violência contra a mulher, quando passar por situação em que sofreu algum tipo de agressão, seja ela física, moral, psicológica ou verbal.

A amplitude e a gravidade deste problema que não se restringe apenas ao Brasil, e por isso tem sido tratado como um fenômeno universal, tem chamado a atenção do mundo, em especial, nas últimas décadas. É um fenômeno social global que exige resposta imediata, uma vez que lida com a existência, a dignidade e os direitos de milhares de mulheres.

Apesar das preocupações e discussões, da gravidade do problema, essas relações de poder, continuam a existir, devendo por isso buscar alternativas para desnaturaliza-las, a fim de construir uma cultura de respeito. Uma alternativa encontrada no Direito Brasileiro foi a criação da Lei n. 11.340/06, muito eficaz no combate a violência contra a mulher, mas que muitas vezes carece de efetividade prática.

A mulher deve possuir o direito de não sofrer agressões no espaço público ou privado, a ser respeitada em suas especificidades e a ter garantia de acesso aos serviços da rede de enfrentamento à violência contra a mulher, quando passar por situação em que sofreu algum tipo de agressão, seja ela física, moral, psicológica ou verbal. É dever do Estado coibir, punir e erradicar todas as formas de violência mas também é dever de todos denunciar estas situações.

Assim, o enfrentamento destas questões exige mais que leis penais, exige uma reestruturação organizacional e intersetorial, visando responder de forma eficaz e humanitária quando ocorre a violação de seus direitos.

Não fosse apenas isso, quanto aos contributos da presente investigação, os resultados sugerem que é necessária uma intervenção junto também da sociedade no sentido de educar e sensibilizar para as implicações da história de vida das mulheres agredidas e também das crianças, enquanto potenciais vítimas desse tipo de violência, a fim de despertarmos uma conscientização para um problema jurídico, mas também social.

REFERÊNCIAS

AMÂNCIO, Geisa Rafaela Sousa; FRAGA, Thais Lima; RODRIGUES, Cristiana Tristão. Análise da efetividade da Lei Maria da Penha e dos Conselhos Municipais da Mulher no combate à violência doméstica e familiar no Brasil. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, pp. 171-183, 2016.

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna. 10 anos da Lei Maria da Penha: O atendimento policial nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jusnavigandi*, Salvador, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51208/10-anos-da-lei-maria-da-penha-o-atendimento-policial-nos-casos-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BARROS, Ana Maria de et al. *Criminalidade e análise de gênero: a mulher e o crime. um estudo na penitenciária de Garanhuns – PE*. Recife: UNIEDUCAR, 2010. Disponível em: <<https://www3.ufpe.br/ppgdh/images/documentos/anamb3.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BASTOS, Márcio Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei “Maria da Penha”. Alguns comentários. *Jusbrasil*, Salvador, 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9006/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BLACK, Michele C. et al. *The National Intimate Partner and Sexual Violence Survey (NISVS): 2010 Summary Report*. Atlanta: National Center for Injury Prevention and Control 2011. Disponível em: <https://www.cdc.gov/violenceprevention/pdf/NISVS_Report2010-a.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BLASHILL, Aaron J.; POWLISHA, Kimberly K. Gay stereotypes: the use of sexual orientation as a cue for gender-related attributes. *Sex Roles*, Washington DC, v. 61, n. 11, 783-793, 2009.

BRASIL. *Lei nº 11.106*, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.827*, de 13 de maio de 2019. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial,

à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 55ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. *Lei Federal nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 89.460*, de 20 de março de 1984. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 20 de março de 2019.

BRASIL. *Lei n. 4.121*, de 27 de agosto de 1962. Dispões sobre a situação jurídica da mulher casada. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 25 jun. 2019.

CARVALHÃES, Rômulo de Souza; JIAPISSU, Carlos Eduardo Adriano. A problemática do exame criminológico. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 23, set./dez. 2016.

CELMER, Elisa Giotti. Violência conjugal contra a mulher: refletindo sobre gênero, consenso e conflito na justiça criminal. *Revista Ártemis*, João Pessoa, v. 6, pp. 26-37, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Número de mulheres presas multiplica por oito em dezesseis anos*. São Paulo: Isaías Monteiro, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

COSTA, Dália Maria Sousa Gonçalves da. *Percepção Social de Mulher Vítima de Violência Conjugal*. Lisboa: Universidade Técnica, 2005.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (Convenção de Belém do Pará). 1994. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

CUNHA, Juliana Frei. As mulheres e os feminismos nas criminologias. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 23, pp. 1-26, set./dez. 2016.

DE JESUS, Lorena Rodrigues; SOBRAL, Rita de Cássia Cronemberg. Culpabilização da mulher: a perspectiva de policiais de uma delegacia especializada no atendimento à mulher. *Revista Ártemis*, João Pessoa, v. 23, n. 1, pp. 196-210, 2017.

DURÁN, Mercedes; CAMPOS-ROMERO, Inmaculada; MARTÍNEZ-PECINO, Roberto. Obstáculos en la comprensión de la violencia de género: Influencia del sexismo y la formación en género. *Acción Psicológica*, v. 11, n. 2, pp. 97-106, dez. 2014. Disponível em: <<https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/68093>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

FARIA, Thaís Dumet. Mulheres no tráfico de pessoas: vítimas e agressoras. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 31, pp. 151-172, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332008000200008&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 20 mar. 2019.

FELSON, Richard B.; FELD, Scott L. When a man hits a woman: moral evaluations and reporting violence to the police. *Aggressive Behavior*, New York, v. 35, n. 6, pp. 477-488, 2009. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19746441>>. Acesso em: 19 mar. 2020.

GOMES, Iracema Costa Ribeiro et al. Enfrentamento de mulheres vítimas de violência doméstica após a agressão. *Revista Baiana de Enfermagem*, Salvador, v. 28, n. 2, pp. 134-144, mai./ago., 2014. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/enfermagem/article/viewFile/8969/8865>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lúcia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, pp. 56-266, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n2/1807-0310-psoc-27-02-00256.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

KOLLER, Sílvia H. et al. Understanding and Combating Domestic Violence in Brazil. In: BUZAWA, E.; BUZAWA, C. (Ed.). *Global Responses to Domestic Violence*. New Jersey: Springer, 2017. Acesso em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-56721-1_14>. Acesso em: 10 out. 2018.

LIANG, Belle; GOODMAN, Lisa; TUMMALA-NARRA, Pratyusha. A Theoretical Framework for Understanding Help-Seeking

Processes Among Survivors of Intimate Partner Violence. *American Journal of Community Psychology*, New Jersey, v. 36, iss. 1-2, pp. 71-84, set. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s10464-005-6233-6>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

LIMA, Larissa Alves de Araújo et al. Marcos e dispositivos legais no combate à violência contra a mulher no Brasil. *Revista de Enfermagem Referência*, Coimbra, v. 4, n. 11, pp. 139-146, 2016.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *Criminal woman, the prostitute, and the normal woman*. Translated by Nicole Hahn Rafter and Mary Gibson. Durham: Duke University, 2004.

LUZ, Jéssica Paloma Neckel. Mulher e história: A luta contra a violência doméstica. *Revista Jusbrasil*, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://jessicapalomanneckeluz.jusbrasil.com.br/artigos/217241864/mulher-e-historia-a-luta-contr-a-violencia-domestica>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

MACHADO, Carla; DIAS, Ana Rita. *Vitimologia: das novas abordagens teóricas às novas práticas de intervenção*. Braga: Psiquilibrios, 1ª ed., cap. 1, pp. 13-44, 2010.

MACHADO, Bruno Amaral; AGNELLO, Priscila Ramos Moraes Rego. Racionalidade penal e semânticas criminológicas na Lei Maria da Penha: o caso do sursis processual. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, 2016.

MARINHO, Júlia Costa Tavares. A importância da análise do comportamento da vítima no direito penal. Âmbito jurídico, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7113>. Acesso em: 19 mai. 2019.

MATOS, Raquel; MACHADO, Carla. Criminalidade feminina e construção de gênero: Emergência e consolidação das perspectivas feministas na Criminologia. *Revista Análise Psicológica*, Lisboa, v. 30 n. 1-2, pp. 33-47, jan. 2012. Disponível em: <<http://scielo.mec.pt/scielo.php?script=S0870-82312012000100005&lng=pt&lng=pt>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

NETO, Francisco Sannini. Lei Maria da Penha e o Delegado de Polícia. *Canal de Ciência Criminais*, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/349584384/lei-maria-da-penha-e-o-delegado-de-policia?ref=topic_feed>. Acesso em: 20 out. 2019.

NETTO, Helena Henri Coelho; BORGES, Paulo César Coelho. A Mulher e o Direito Penal Brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, São Paulo, a.17, n.2, pp. 317-336, 2013.

OLIVEIRA, Rosane Cristina; LIMA, Jaqueline de Cássia Pinheiro; ARANA, Andressa Maria Freire da Rocha. Da criação das DEAM'S à Lei Maria da Penha: uma reflexão sobre a questão da violência contra as mulheres. *Revista Ártemis*, João Pessoa, v. 24, n. 1, pp. 201-213, 2017. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/35821>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

PIJOAN, Elena Larrauri. *Criminología Crítica Y Violencia de Género*. Una Aproximación Criminológica. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PINAFI, Tânia. Violência contra a mulher: Políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. *Revista Histórica*, São Paulo, n. 21, abr./mai. 2007. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/texto03.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

SANI, Ana Isabel Martins; COELHO, Alexandra; MANITA, Celina. Intervenção em situações de violência doméstica e crenças de polícias. *Psychology, Community & Health*. Lisboa, v. 7, n. 1, pp. 72-86, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/327942932_Intervencao_em_Situacoes_de_Violencia_Domestica_Atitudes_e_Crenças_de_Policias>. Acesso em: 30 jun. 2019.

SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe*, Tel Aviv, v. 16, N. 1, pp. 147-164, 2005. Disponível em: <<http://www3.tau.ac.il/ojs/index.php/eial/article/view/482/446>>.pdf. Acesso em: 10 de out. de 2018.

SENADO FEDERAL. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Pesquisa DataSenado. Brasília: Instituto de Pesquisa DataSenado, jun. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SENADO FEDERAL. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Pesquisa DataSenado. Brasília: Instituto de Pesquisa DataSenado, dez. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/violencia-contra-a-mulher-agressoes-cometidas-por-2018ex2019-aumentam-quase-3-vezes-em-8-anos-1>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

TAVARES, Regina Lúcia Gonçalves; SILVA, Artêmia da Silva. Percepção Disfuncional do Agressor na Lei Maria da Penha: Tolerância e Invisibilidade num Sistema de Continuidades. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, pp. 2031-2059, 2017.

TERRA, Maria Fernanda; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; SCHRAIBER, Lilia Blima. Medo e Vergonha como Barreiras para

superar a Violência Doméstica de Gênero. *Athenea Digital* (Revista De Pensamiento E Investigación Social), Barcelona, v. 15, n. 3, pp. 109-125, 2015.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2012*. Atualização: Homicídio de mulHeres no Brasil. Brasil: FLACSO Brasil, ago. 2012. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/mapa-da-violencia-2012-atualizacao>>. Acesso em: 20 mar. 2020

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. São Paulo: Ediar, 1995.

FEMINISMO ESPECULATIVO NAS VEREDAS PÓS-CORRELACIONISTAS

Ana Paula Lemes
de Souza
Mestra em direito pela
Faculdade de Direito do Sul
de Minas (FDSM)
annapaulals@ymail.com

Speculative feminism in post-correlationist paths

RESUMO

Recebido: abril 26, 2019

Aceito: março 10, 2020

Este trabalho discute novas possibilidades do feminismo no movimento filosófico denominado realismo especulativo, na vertente de Quentin Meillassoux, de forma a oxigenar a epistemologia feminista contemporânea, que se encontra em clausura metafísica. Se, pré-Kant, o feminismo se encontrava enclausurado na postura objetivista, com a essencialização da mulher como imperfeita, por outro lado, pós-Kant, a mulher se encontra reduzida à verdade subjetivista da ordem epistêmica, gerando outras essencializações. O artigo propõe nova visão para se pensar o feminismo pós-correlacionista, com a ascensão de outra forma de reflexão ontológica: através da *cosmologia*, uma compreensão do sexo, do gênero e da sexualidade nem melhor e nem pior, mas apenas diferente, que provoca a reontologização das ciências humanas pelo reconhecimento de outras grafias e modos de existência.

Palavras-chave: Epistemologia e ontologia feminista; Pós-correlacionalismo; Realismo especulativo.

Abstract

This paper discusses new possibilities of feminism in the philosophical movement denominated speculative realism, in the Quentin Meillassoux's perspective, in order to oxygenate contemporary feminist epistemology, which is in metaphysical closure. If, pre-Kant, feminism was enclosed in the objectivist position, with the essentialization of women as imperfect, on the other hand, post-Kant, women are reduced to the subjectivist truth of the epistemic order, generating other essentializations. The article proposes a new vision to think post-correlational feminism, with the rise of another form of ontological

Entre os feminismos pré-Kant, que enclausuraram a mulher como imperfeita, e os feminismos pós-Kant, que a enclausuraram como correlato, escolhemos não estar nem cá e nem lá, quem sabe perdidos nas delícias de um labirinto, nas curvas possíveis das veredas pós-correlacionistas, este espaço curvilíneo do pensamento que engloba grande número de autoras e autores cujos escritos se bifurcam em outros, então outros e outros...

reflection: through *cosmology*, an understanding of sex, gender and sexuality neither better nor worse, but only different, that provokes the reontologization of the human sciences by the recognition of other spellings and modes of existence.

Keywords: Feminist epistemology and ontology; Post-correlationalism; Speculative realism.

INTRODUÇÃO

Se o eterno Manoel de Barros¹ usava a palavra para compor seus silêncios, estes escritos se compõem dos interstícios, dos silêncios dos entres. Assim como o poeta não gostava das palavras, “fatigadas de informar”, não gostamos dos lugares, fatigados de enclausurar. Entre os feminismos pré-Kant, que enclausuraram a mulher como imperfeita, e os feminismos pós-Kant, que a enclausuraram como correlato, escolhemos não estar nem cá e nem lá, quem sabe perdidos nas delícias de um labirinto, nas curvas possíveis das veredas pós-correlacionistas, este espaço curvilíneo do pensamento que engloba grande número de autoras e autores cujos escritos se bifurcam em outros, então outros e outros...

Os caminhos nos quais este ensaio se perde são as possibilidades do feminismo no movimento filosófico denominado realismo especulativo, na vertente pós-correlacionista de Quentin Meillassoux², de forma a oxigenar a epistemologia feminista contemporânea, que se encontra em clausura metafísica. A herança dupla que recorta o artigo se dará em dois momentos: pré-Kant, com a dogmática metafísica, e pós-Kant, com a metafísica do correlato, típica do paradigma antropocêntrico, problematizado por autores contemporâneos como Bruno Latour³, Isabelle Stengers⁴, Donna Haraway⁵ e, no Brasil, Eduardo Viveiros de Castro⁶ e Stelio Marras⁷.

¹ BARROS, 2006.

² MEILLASSOUX, 2014; 2015.

³ LATOUR, 1991.

⁴ STENGERS, 2005.

⁵ HARAWAY, 2008.

⁶ VIVEIROS DE CASTRO, 2018.

⁷ MARRAS, 2018.

De um lado, a essencialização da mulher no banquete socrático, diálogo entre homens no universo próprio da política platônica, em que Eros é apresentado como a prática filosófica que elimina a mulher⁸. Eros é a atração pelo corpo belo masculino, algo além da beleza sensível que impulsiona o pensamento rumo à beleza ideal. O corpo é um lugar de passagem e Eros é o método, caminho retilíneo para a verdade, que sobrepõe o mundo das ideias ao mundo sensível. Se a parcialidade do saber é o desejo erótico pela filosofia, a vereda do feminino platônico é a via oposta à perfeição do pensar, anti-filosofia, filha imperfeita e abortada.

A invenção sociossexual da mulher nas ciências humanas se deu nesses vieses: ao sair do modelo absolutório socrático, esbarrou-se com Kant e entranhou-se no correlacionismo antropocêntrico, em que a mulher está reduzida à verdade subjetivista da ordem epistêmica, sujeita a outras essencializações. Ocorre que a passagem de um estágio a outro não se deu por supressão ou abandono, mas por arranjos, séries de domesticações mais ou menos sutis, mútuos empréstimos e termos de convivência.

Na tendência objetivista, ser mulher advém do espaço antiepistêmico da ordem da natureza ou da biologia, típica das ciências modernas positivistas, que se apropriaram da biologia vitalista do século XIX⁹. De outra parte, na tendência subjetivista, a invenção da mulher não pode ser outra. senão a da ordem epistêmica, que é inventada por processos biopsicossociais de codificações e decifrações, postura dominante nas feministas pós-estruturais, como em Judith Butler¹⁰, para quem a linguagem produz e constrói o sexo.

Entre verdades e ficções, como pêndulos, existem variantes perante essas posturas, já que as diferenciações, que nunca cessam de se diferenciarem, são fornecidas e construídas em contextos sócio-histórico-culturais diversos, inclusive entre homens e mulheres, atravessadas por questões como o colonialismo, o patriarcalismo e o capitalismo, consideradas, ainda, as dimensões biopsicossociais,

⁸ As mulheres que se retirem do banquete, porque vamos filosofar! É o que diz Erixímaco, que sugere que “mandemos embora a flautista que acabou de chegar, que ela vá flautear para si mesma, se quiser, ou para as mulheres lá dentro; quanto a nós, com discursos devemos fazer nossa reunião hoje; e que discursos – eis o que, se vos apraz, desejo propor-vos”. PLATÃO, 1995.

⁹ LEMES DE SOUZA, 2018, p. 87.

¹⁰ BUTLER, 2015, p. 11.

para falar com Lemes de Souza¹¹. Contudo, as amarrações metafísicas se enlaçaram sob o enfoque do “absoluto”, tanto na dogmática metafísica como na metafísica do correlato. Em uma, a filha fiel, na outra, a filha raivosa, que, embora se rebele, no fundo é como o pai.

No recorte deste trabalho, os rearranjos se deram pela posse da “verdade”. Para o objetivista, é a posse ou o domínio da verdade objetiva, enquanto para o correlacionista subjetivista, a mulher é ficcionada como verdade, ela se torna pura ficção para, através do poder ou outra palavra, ser definida. Pelos dois lados, há a posse e a tensão da verdade, seja pela metafísica filosófica essencialista ou pela metafísica do correlato¹² – esta última, típica do correlacionismo de matriz *kantiana*.

Na postura objetivista, pensa-se o ser desconectado do pensamento, mas essencializa o ser, enquanto na subjetivista, conecta-se o ser e o pensamento, mas se essencializa o correlato. São como pares simétricos espelhados que enxergam no outro o irmão gêmeo maligno, mas, ao buscarem a ruptura, repetem o gesto. O teatro e a encenação possuem suas variações espaço-temporais, mas as amarrações não se perguntam a si mesmas, elas não se interrogam. As verdades se simulam nas dobras metafísicas ou epistemológicas, como encenações obsoletas que ecoam aporéticas.

No objetivismo, a ontologia como verdade, no subjetivismo, a episteme. Trocados os atores, não há fôlego possível a ser tomado. Diante desse cenário, a hipótese central do artigo se dá pela propositura de oxigenação do pensamento através do feminismo pós-correlacionista, nem kantiano e nem platônico, mas com a ascensão de outra forma

¹¹ LEMES DE SOUZA, 2018.

¹² Rafael Lazzarotto Simioni classifica essa metafísica como pertencente ao “paradigma da *différence*”, sistema de pensamento gerado no âmbito da filosofia pós-estruturalista francesa, a partir de 1968, que se baseia na promoção da diversidade. Segundo o autor, os desdobramentos se deram a partir de Michel Foucault, Maurice Blanchot, Gilles Deleuze, Félix Guattari, Jacques Derrida e Pierre Klossowsky, que constituem o núcleo duro desse sistema de discursividade que compõe a episteme do pensamento contemporâneo e funciona como amarração metafísica de validade. Para ser válido e aceito, o pensamento deve ser construído com base na promoção da diferença. O paradigma da *différence* também encontra seu paradoxo, pois, ao promover a divergência, não tolera qualquer tentativa divergente de afirmação da divergência, aceitando algumas formas de diversidade, mas não todas. Discordamos da nomenclatura e do recorte de autores, embora concordemos com a presença da metafísica do correlato. Por isso, optamos por falar em “correlacionismos”, com inspiração em Meillassoux e não em “paradigma da *différence*”. Cf. SIMIONI, 2018; MEILLASSOUX, 2015.

Este trabalho inaugura novos possíveis para o feminismo, de forma a evitar o risco de substituição do esquema essencialista metafísico dogmático por outro, o essencialista subjetivista, fazendo a seguinte provocação: frente ao realismo especulativo, como pensar nas ciências humanas a questão da mulher e de que modo isso impacta nas relações discursivas e metodológicas?

de pensar a ontologia: a *cosmontologia*¹³, um modo nem melhor e nem pior de pensar sexo, gênero e sexualidade, mas apenas diferente, que provoca a reontologização das ciências pelo reconhecimento de outros modos de existência.

A busca pela realidade da construção mulher será como percorrer os jardins do conto *borgiano*¹⁴, que abriga o labirinto simbólico de Ts'ui Pên, no qual as veredas se bifurcam e os homens se perdem. No caso, as veredas pós-correlacionais e pós-antropocêntricas possibilitam a identificação de outras grafias. Sua originalidade se revela na leve aspiração que norteará os seus rumos: a desconfiança de que, aos serem decompostos os sentidos, resta apenas o real como contingência. E, para chegar a nada, deve-se *descobrir a verdade: descobri-la*, retirar a sua veste, para falar novamente com o poeta Manoel de Barros¹⁵. Ao fazê-lo, ontologia e epistemologia se confrontam, pois a verdade despida é a realidade como teoria do ser, em mundos nos quais os enredos acontecem e outros nos quais eles potencialmente não se realizam. Estruturas de sentido que, por meio das tensões internas entre ausências e presenças, conceituam a legalidade de objetos, por meio de regimes de sentido, produções de verdades e formulações de realidades.

Este trabalho inaugura novos possíveis para o feminismo, de forma a evitar o risco de substituição do esquema essencialista metafísico dogmático por outro, o essencialista subjetivista, fazendo a seguinte provocação: frente ao realismo especulativo, como pensar nas ciências humanas a questão da mulher e de que modo isso impacta nas relações discursivas e metodológicas?

Para respondê-la, pretende-se: a) descrever de que maneira a filosofia pré-crítica e a pós-crítica pensaram a questão da mulher e como isso impactou na teoria feminista; b) investigar as possibilidades pós-correlacionistas, notadamente o feminismo especulativo; c) especular a *cosmontologia* feminista e suas implicações teórico-metodológicas.

A pesquisa se propõe a especular feminismos nas veredas pós-correlacionistas, de modo a compreender, em termos

¹³ Neologismo da autora.

¹⁴ BORGES, 2005.

¹⁵ BARROS, 1997.

*epistemontológicos*¹⁶ a sua possibilidade pós-virada especulativa, especificamente orientada pelo método materialista especulativo de Quentin Meillassoux.

1. AS VEREDAS CORRELACIONISTAS

Pode-se dizer que no período pré-crítico havia a absolutização da substância, enquanto que na filosofia pós-crítica houve a absolutização da correlação.

O período pré-Kant estava sublinhado pela clausura metafísica do dogmatismo idealista, que pensava na entificação absoluta do ser, não apenas no aspecto do Ente Absoluto primeiro como Deus perfeito, mas também a conversão de toda necessidade de um ente determinado como absolutos derivados¹⁷. Com a absolutização de Deus, o sistema patriarcal colocou o homem como aquele que tinha a sua imagem e semelhança, e a mulher como distante dessa imagem, ocorrendo a absolutização da mulher ligada à imperfeição e à debilidade¹⁸.

Perante o regime da necessidade absoluta, presente na metafísica dogmática¹⁹, a construção da mulher era absoluta. Ser mulher era algo determinado que devia ser sempre e absolutamente como era e, como era conectada, frente à teoria do sexo único, à força débil, como o homem ao avesso, a absolutização da mulher se deu como *imperfeita*. Isso foi chamado por Meillassoux²⁰ de necessidade real, o regime ontológico presente na metafísica que se pretenda dogmática, que sustenta que qualquer coisa determinada deve ser absolutamente como tal, o que deriva do princípio da razão, concebido por Leibniz, mas colocado em prática por Immanuel Kant, que é a concepção de que tudo deve ter uma razão necessária de ser assim mais do que de outra maneira.

Para os gregos, a ideia de “*physis*” ou “*natureza*” tinha uma raiz profunda. Esta natureza se referia ao incognoscível da realidade,

¹⁶ Neologismo da autora, empreendido pelos caminhos que se fazem possíveis *entre* a epistemologia e a ontologia: nem só epistemologia e nem só ontologia.

¹⁷ MEILLASSOUX, 2015, p. 59-60.

¹⁸ LEMES DE SOUZA, 2018, p. 57 e 171.

¹⁹ MEILLASSOUX, 2015, p. 60.

²⁰ MEILLASSOUX, 2015, p. 60.

de onde advêm todas as coisas e para onde estas iriam retornar. No plano da metafísica, “*physis*” se relacionava à essência que constituía o plano da realidade determinada e estável, podendo-se falar, inclusive, na *juridificação* da natureza: na obediência às leis da natureza como fixas e rígidas. Apesar de durante o medievo ter sido abolida a ideia de leis naturais, consideradas como heresias, foi René Descartes na Renascença quem reformulou o conceito de lei, e, de forma subsuntiva, o absoluto como ente necessário.

Esse era o cenário cartesiano pré-Kant, conforme Meillassoux²¹: a absolutização de Deus, o primeiro absoluto, e a absolutização dos entes com o alcance puro da matemática, os absolutos derivados. Nesse modelo absolutório metafísico, aparece a ideologização do sexo e do gênero como o desenho dos corpos em respeito a essa lógica. Como tudo deve ser absolutamente como é, compreende-se por ideologia a entificação absoluta do ser metafísico em respeito à lógica harmoniosa do princípio da razão e da prova ontológica, entendendo que o ente deva existir incondicionalmente e necessariamente como é.

Esse cenário passou a ser questionado especialmente por Immanuel Kant, que concebeu a sua crítica contra a prova ontológica, presente no pensamento cartesiano, pela demonstração de que uma situação social apresentada como absoluta é absolutamente contingente, não havendo a necessidade absoluta ou necessária. O ataque à metafísica dogmática consistiu em demonstrar a produção ilusória de entidades necessárias²², a exemplo, a questão da mulher, com a entificação da identidade como absolutamente necessária através da ontologia da diferença sexual. Com visão crítica ao período anterior, gênero passou a ser compreendido como a projeção da ideologização das diferenças sexuais, produção sociocultural resultante da naturalização e essencialização do sexo como pertencente à ordem superior e pré-discursiva²³, resultado da demarcação simbólica promovida pelo patriarcado enquanto ente absoluto derivado; o mecanismo de produção social do sexo que gera estabilidade pela matriz heterossexual, dando fixação e coerência à oposição hierárquica homem/mulher. Nessa visão, o

²¹ MEILLASSOUX, 2015, p. 55.

²² MEILLASSOUX, 2015, p. 62.

²³ LEMES DE SOUZA, 2018, p. 75.

gênero se produzia enquanto repetição de atos, gestos e signos, o que reforçava a construção dos corpos em respeito ao absolutismo cartesiano dogmático – um ato intencional e performático²⁴, que produzia significados.

A crítica kantiana, ao atacar a metafísica dogmática, ampara-se tanto no rechaço do princípio da razão quanto no da prova ontológica, mostrando que nada é absolutamente necessário ser de um modo em preferência de outro²⁵. A epistemologia feminista, orientada pelo correlacionismo fraco kantiano, demonstra que a mulher não deve ser absolutizada, pois é produzida por condições sociais específicas, a personalidade é diferente da forma corporal e as distinções entre os sexos não podem pertencer à natureza, mas às condições sociais que as produziram.

Contudo, ao sustentar a contradição lógica de Descartes como impossível e incognoscível, esse rechaço ao princípio da razão sustenta, ao mesmo tempo, que ela é pensável, momento em que Kant adquire duas proposições que, apesar de serem colocadas contra o absoluto, também são absolutistas: a primeira delas é que a *coisa em si* não é contraditória, a segunda é que existe por certo uma *coisa em si*, pois, do contrário, não existiriam fenômenos sem que algo lhes desse causa²⁶.

Com o correlacionismo forte, representado, especialmente, pela filosofia analítica e fenomenológica de Wittgenstein e Heidegger, compreende-se que o mundo é decidível pela sintaxe lógica²⁷ e as diferenças entre os sexos passam a ser entendidas como decididas pela estrutura social, pela comunicação etc. A epistemologia feminista correlacionista, ao não pensar na existência fora da correlação mundo/referente, seja qual for esse referente, repete o movimento essencializador e, apesar de se colocar contra a ontologia, gera consequências ontológicas, porque troca o enunciado metafísico do absoluto pelo enunciado de que, se o ente é perceptível ou decidível de tal maneira, então essa é a condição mais profunda,

²⁴ Gêneros, para Judith Butler, é a transformação cultural da polissexualidade na heterossexualidade, que é comandada pela cultura, criados por atos ou performances sociais contínuas. Essa concepção levou ao feminismo contemporâneo sugerir o abandono do uso de gênero, a exemplo de Heleieth Saffioti. Cf. BUTLER, 2015, p. 134 e 244; SAFFIOTI, 2004.

²⁵ MEILLASSOUX, 2015, p. 60.

²⁶ MEILLASSOUX, 2015, p. 58.

²⁷ MEILLASSOUX, 2015, p. 73.

geral ou original de tal relação²⁸, como o poder, a linguagem, dentre outros.

A teoria feminista correlacionista cria a absolutização do correlato em substituição ao absoluto cartesiano, ficando a teoria em disputa sobre qual o correlato mais essencial ou sofisticado. Há, igualmente, destaque da postura correlacionista, que questiona a subordinação das mulheres perante discursos cartesianos dogmáticos de natureza, mas cria outros absolutos. Pode-se citar em Alexandra Kollontai²⁹ e em Heleieth Saffioti³⁰ a luta de classes, em Simone de Beauvoir³¹ a existência em substituição à essência metafísica dogmática, em Carole Pateman³² o contratualismo opressor sexual, em bell hooks³³ a opressão interseccional de gênero, raça e classe, em Nancy Fraser³⁴ o capitalismo globalizante, em Judith Butler³⁵ e Michel Foucault³⁶ o poder, em Jacques Derrida³⁷ o falocentrismo, dentre outros.

Duas decisões dos correlacionistas impactam diretamente nesse cenário. A primeira é o primado do correlato que, do contrário do realismo especulativo, não permite pensar na entidade sem pensamento, ou no que pode haver na hipotética ancestralidade, quando não há o pensamento³⁸; a segunda decisão é a absolutização da própria correlação, porque se acredita, ao mesmo tempo, na impotência da separação entre objetividade e subjetividade e na potência da relação mútua.

Nas teorias feministas mais atuais, os correlacionistas absolutizaram o correlato, com destaque para o poder na quarta onda feminista, marcadamente, pós-estruturalista,³⁹ o que gera enorme contradição, porque, ao mesmo tempo em que os correlacionistas se colo-

²⁸ MEILLASSOUX, 2015, p. 76.

²⁹ KOLLONTAI, 1977.

³⁰ SAFFIOTI, 2013.

³¹ BEAUVOIR, 1967; 1970.

³² PATEMAN, 1993.

³³ HOOKS, 2000.

³⁴ FRASER, 1997.

³⁵ BUTLER, 2015.

³⁶ FOUCAULT, 1998; 1999; 2005.

³⁷ DERRIDA, 1992; 2005; 2013A; 2013B; 2014.

³⁸ MEILLASSOUX, 2015, p. 66.

³⁹ Notadamente em FOUCAULT, 1999 e BUTLER, 2015.

cam contra o inimigo externo fácil, que é o realismo, eles incorporam em suas semânticas o inimigo interno mais difícil de ser combatido, que é o esquema subjetivista metafísico, transformando a *coisa em si* em pura facticidade⁴⁰.

O feminismo correlacional, nessa perspectiva, contenta-se em captar as bordas, permitindo, por outro lado, a sustentação de ideias totalmente despidas da logicidade, como no *Bestiário*, conto de Julio Cortázar⁴¹, no qual se deve conviver no mesmo território que um feroz tigre. A narrativa é contada pelos olhos de Isabel, de férias na casa dos Funes, família que convive com a fera e, para evitá-la, apenas utiliza os cômodos onde ela não está, através de esquemas de observação que evitam o encontro. O correlacionismo, ao evitar os cômodos já ocupados pelo tigre, que é filosofia pré-crítica, apenas evita que eles se encontrem. Um pequeno erro nessa sistemática faz com que, ao final da história, o personagem Nenê seja devorado pelo tigre. O correlacionista forte, pela absolutização do correlato, alimenta a besta, pois, ao não extirpar o tigre, experimenta a sua invasão indireta e mais eficaz.

Isso gera um cenário muito problemático, o fortalecimento do discurso fundamentalista de ódio ao feminismo, no sentido da recuperação do *mýthos* em contraposição ao *lógos*, no qual os correlacionistas são acusados de promoverem nova ideologização. Ao criticarem na filosofia pré-Kant a ideologia dos sexos, criam a ideologização absolutista do regime do correlato. Esse discurso não pode ser compreendido como um devir da filosofia, mas sim como o efeito próprio do discurso correlacional, porque, ao fazer desaparecer o pensamento no absoluto, não desfaz o absoluto mesmo, propiciando o retorno do religioso por um argumento renovado da crença cega⁴². A posição correlacionista se privou de críticas à irracionalidade e, igualmente, ofereceu o correlato como a única forma de se chegar ao absoluto. Ao mesmo tempo em que destrona a absolutização da mulher como imperfeita, apresenta novos correlatos absolutos para a produção de diferenças entre os sexos.

⁴⁰ MEILLASSOUX, 2015, p. 68 e 71.

⁴¹ CORTÁZAR, 1986.

⁴² Cf. MEILLASSOUX, 2015, p. 78, 84 e 85.

O correlacionismo tem alimentado o tigre da casa dos Funes: resta o pequeno e sistemático erro, que, cedo ou tarde, acontecerá e, assim como Nenê, o feminismo correlacionista será subitamente devorado pela filosofia pré-crítica.

2. AS VEREDAS PÓS-CORRELACIONISTAS

O correlacionista se tornou o novo sofista: no correlacionismo, o homem, através da linguagem, das instituições, dos dispositivos de poder, dos sistemas ou outro nome para o absoluto, torna-se a medida de todas as coisas e qualquer pensamento que busque pensar o ser fora do pensamento é taxado de ingênuo ou pueril⁴³.

No paradigma correlacionista pós-Kant, tenta-se fugir do essencialismo metafísico socrático, contudo, elegem-se as decisões de sentido como o próprio absoluto – que se sustenta na univocidade de sentido, com a negação completa do real⁴⁴. Como visto, tal postura não desconecta a realidade da verdade, mas assume a paradoxal assertiva da verdade do correlato. Isso foi problematizado a partir da aceitação de que a linguagem marca o lugar em que se estrutura esse real, de que exerça o espaço de sua codificação, mas sem absolutizá-lo, vereda que tem sido tomada pelos “novos realismos”, inclusive, pelo realismo especulativo, que agora interrogamos sobre a possibilidade de um feminismo e suas implicações teórico-metodológicas.

Esse estilo de pensamento que retorna às ontologias é encontrado, além do realismo especulativo, também no realismo crítico de Roy Bhaskar⁴⁵ e, conforme Marras⁴⁶, no campo antropológico, citam-se as contribuições das abordagens de rede sociotécnica dos *science studies*, as etnografias multiespécies, o cognitivismo distribuído e a antropologia da percepção.

A reascensão da metafísica e da ontologia coloca em discussão o paradoxo da hegemonia da pluralidade – pode o plural ser hegemônico, sem deixar de ser plural? – e, igualmente, traz à tona a constatação da conexão íntima/sexual entre política e epistemologia, por isso,

⁴³ MEILLASSOUX, 2014, p. 10.

⁴⁴ BADIOU; CASSIN, 2013, p. 15.

⁴⁵ BHASKAR, 1975.

⁴⁶ MARRAS, 2018, p. 258.

Esse trabalho investiga a diferenciação sociossexual da mulher, em sua formação endógena e exógena, em suas potências significativas, sobre as condições de possibilidade e formação genealógica que a tornam possível enquanto esquema de sentido, após a totalidade de formação de sentido exógena provocada pelos filósofos contemporâneos correlacionistas, sem escorregar no retorno à metafísica grega.

Viveiros de Castro⁴⁷ sugere o colapso entre epistemologia (linguagem) e ontologia (mundo), com a emergência da ontologia prática.

Mas os novos realismos não se irão contentar com as implicações epistemológicas, desejando, igualmente, as implicações ontológicas, pois pressupõem dois lados: o primeiro se trata do argumento puramente epistemológico, com a contestação da absolutização correlacional e da crença na potência constitutiva da relação mútua⁴⁸, o que originou, em segundo momento, o questionamento das suas implicações prático-discursivas, para além de questões teóricas ou metodológicas.

Esse trabalho investiga a diferenciação sociossexual da mulher, em sua formação endógena e exógena, em suas potências significativas, sobre as condições de possibilidade e formação genealógica que a tornam possível enquanto esquema de sentido, após a totalidade de formação de sentido exógena provocada pelos filósofos contemporâneos correlacionistas, sem escorregar no retorno à metafísica grega.

Se nas veredas correlacionistas de Martin Heidegger⁴⁹, a linguagem confere o Ser à Coisa, através da locução correlacional entre Ser e Linguagem, tal compreensão foi problematizada pelos novos realistas, para os quais a linguagem não é tão poderosa a ponto de criar a realidade, ela apenas assinala as diferenças⁵⁰. O realismo, na virada especulativa, tenta fazer a desconstrução da desconstrução, pois, segundo essa concepção, o relativismo é o gêmeo univitelino da virada linguística, pois torna as não verdades igualmente verdades.

O realismo especulativo tenta combater tanto o dogmatismo ideológico cartesiano quanto o fanatismo cético correlacionista⁵¹. Enquanto o dogmatismo idealiza o gênero e o sexo, entificando o sujeito necessário, o correlacionismo forte absolutiza a diferença, convertendo-se em fanatismo. A tarefa do realismo especulativo é achar um pouco do absoluto, o suficiente, para evitar aqueles que se acreditam os depositários exclusivos do absoluto, o que ocorre com ambos os grupos.

⁴⁷ VIVEIROS DE CASTRO, 2018, p. 94.

⁴⁸ MEILLASSOUX, 2015, p. 30.

⁴⁹ HEIDEGGER, 2003, p. 126.

⁵⁰ BADIOU, 1996, p. 47.

⁵¹ MEILLASSOUX, 2015, p. 85.

Se, pré-Kant, a mulher era essencializada como imperfeita, naturalizando a diferença sexual sob o signo do absolutismo ingênuo, pós-Kant surge novo requisito ontológico: ser é ser um correlato⁵². Quanto à mulher, só pode assim ser se for correlativa, seja ao poder, que molda as identidades através do dispositivo histórico da sexualidade⁵³, seja à relação assimétrica inaugurada pela construção e fixação sistêmica de sentidos históricos⁵⁴ ou seja ao erro de leitura que a dissimulou⁵⁵. As possibilidades correlacionais são infundáveis!

O realismo especulativo, ao questionar o correlacionismo, não deseja a volta da absolutização do ente, como a mulher, mas busca a necessidade absoluta que não reconduza ao dogmatismo, à necessidade da entificação⁵⁶ que se guie pela descrença na validade incondicionada do princípio da razão, prova ontológica ou interpretações correlacionais, pois nem todo absoluto é dogmático e nem toda especulação realista é metafísica⁵⁷.

A tarefa do realismo é pensar no absoluto não metafísico⁵⁸, através da especulação, já que, para falar com Karl Popper⁵⁹, um enunciado científico é verdadeiro até que possa ser superado, ascendida pela provocação de que determinada realidade exista em termos de propriedades primárias independentemente do observador⁶⁰.

Quanto às implicações prático-discursivas, o realismo especulativo permite a compreensão de que todo modelo de realidade depende de uma imagem ou de uma teoria⁶¹, sendo possível a realidade dependente do modelo matemático que, como sistema simbólico, é sempre incompleto⁶². Tanto o observador quanto o observado são partes da realidade objetiva, mas essas realidades objetivas passam pelo observador, que, através de estruturas interpretativas, enxerga a realidade por diferentes perspectivas, não se podendo

⁵² MEILLASSOUX, 2015, p. 53.

⁵³ Como em FOUCAULT, 1999.

⁵⁴ Como em LUHMANN, 1988.

⁵⁵ Como em DERRIDA, 2005.

⁵⁶ MEILLASSOUX, 2015, p. 62.

⁵⁷ MEILLASSOUX, 2015, p. 62-63.

⁵⁸ MEILLASSOUX, 2015, p. 88.

⁵⁹ POPPER, 1975.

⁶⁰ MEILLASSOUX, 2015, p. 39.

⁶¹ HAWKING; MLODINOW, 2011.

⁶² GÖDEL, 1992.

absolutizar o correlato, já que todos são possíveis, a depender do modelo adotado.

Pela física quântica, ficou demonstrado que não é possível ter determinação certa, a natureza é extremamente imprevisível e, ainda que as leis aplicadas gerem probabilidades diversas, essas são, em muitos casos, imprevisíveis, especialmente, em casos de sistemas abertos⁶³, regulados por múltiplas interações, o que parece ser o caso das questões do sexo: uma regularidade empírica, mas de prováveis indeterminações.

O observador interage com o objeto observado – nas experimentações quânticas, a observação no presente interfere no passado das partículas, e, seja qual for a observação do presente, o passado inobservado só existe como espectro de possibilidades, não existindo único passado ou história, mas sim a soma de todas as possibilidades, cada qual com uma probabilidade própria⁶⁴, como no romance *borgiano* de Ts'ui Pên que inspira o título, no qual todos os caminhos se bifurcam.

Então, o absoluto realista de Meillassoux⁶⁵ é a *irrazão* inerente pela qual a falta de razão é a propriedade última do ente, a propriedade ontológica absoluta e não – ao contrário do correlacionista – a marca da finitude do saber. A facticidade se torna a propriedade real da coisa, de ser sem razão e sem razão se tornar efetivamente outro – porque nada tem razão de ser ou seguir sendo assim mais do que de outra maneira, tudo pode colapsar, astros, leis físicas ou leis lógicas. Esse é o absoluto reivindicado por Meillassoux, o absoluto com marcas da filosofia quântica.

A diferença marcante do realismo especulativo para o correlacionismo é essa: enquanto para este o ser-todo-outro é a marca do possível da ignorância, para o filósofo especulativo o absoluto é o possível real da possibilidade de todas as opções, como de muitas outras, transformando o ser-todo-outro no signo do saber e não da ignorância, porque advém da possibilidade de não ser⁶⁶, da ausência do ente e, por consequência, da separação das esferas da subjetividade e objetividade.

⁶³ HAMLIN, 2008.

⁶⁴ FEYNMAN; HIBBS; STYER, 2010.

⁶⁵ MEILLASSOUX, 2015, p. 91.

⁶⁶ MEILLASSOUX, 2015, p. 96.

O realismo permite a análise das diferenças sexuais perante a ideia de que o próprio pensamento é aleatório; sendo assim, como pensar nas diferenças sexuais no momento sem pensamento?

No caso do feminismo, o absoluto de ser mulher é não ter correlato absoluto e, na ausência de uma única teoria correta, deve-se compreender que cada uma delas podem explicar determinados aspectos da realidade, tornando-se possível desabsolutizar o correlato porque o único absoluto é a irrazão, a impossibilidade absoluta do ente determinado e necessário⁶⁷. O aniquilamento do ser mulher não pode ser pensado como sendo correlativo ao pensamento da aniquilação, mas sim como a possibilidade aberta da ausência do ente.

Desse modo, a mulher, na ausência do pensamento, é uma diferença biológica contingente, que não tem necessidade de ser assim mais do que de outra maneira. A sua construção deve abandonar o princípio da razão suficiente, porque o absoluto externo que independe do observador é a aleatoriedade, a irrazão. Entretanto, o princípio da não contradição deve permanecer, pois a realidade absoluta é a absoluta contingência das leis naturais, por conseguinte, a eventualidade e o acaso, a ausência de ordem em que nada é impossível, nem mesmo o impensável. Essa é a possibilidade *epistemológica* aberta para a construção sociossexual da mulher: a aniquilação do ente desconectado do pensamento.

Quanto aos reflexos epistemológicos da ontologia, especula-se que a realidade é a forma possível entre multiversos ou regimes de verdade, a partir da experiência. Sendo variável, existe o paradoxo de indeterminação de contingência das suas proposições, e cada mundo possui critérios de verificação e validade. Se não se pode pensar em uma sexualidade arquifóssil, pode-se ao menos problematizar o programa correlacionista que se configura como “antropocentrismo”, o que levou Quentin Meillassoux⁶⁸ a propor o divórcio do copernicanismo da ciência e o ptolemaísmo da filosofia, quaisquer que sejam as negações nas quais se apoiem este esquema.

A revolução copernicana kantiana é a contrarrevolução ptolemaica da filosofia, porque coloca o homem no centro de novo. A filosofia renuncia à revolução de Copérnico, ao modo não correlacional

⁶⁷ MEILLASSOUX, 2015, p. 101.

⁶⁸ MEILLASSOUX, 2015, p. 204.

de saber da ciência, ao seu caráter eminentemente especulativo⁶⁹, pois, enquanto Copérnico coloca o Sol no centro do sistema e a Terra na periferia, Kant coloca o ser humano no centro do campo do conhecimento e enaltece o sujeito em detrimento do objeto.

Esse fim do casamento abre outras possibilidades para o feminismo: um feminismo não correlacional, que não promova nova ideologização do absoluto, nem ofereça “absolutos substitutivos”. O correlacionismo forte, ao criar nova necessidade do ente, favorece o crescimento do discurso religioso fundamentalista, porque defende a possibilidade de que haja razão absoluta ou oculta. O feminismo, orientado pelo realismo especulativo, longe de naturalizar as diferenças sexuais ou o correlato, por outro lado, apoia-se na ausência da razão última, tornando-a nem pensável e nem impensável⁷⁰. Essa é a única maneira de se livrar do tigre da casa dos Funes, de forma a evitar a volta da filosofia pré-crítica: um feminismo “desantropocentralizado”, que revise os estatutos atuais de natureza e cultura e uma ciência matematizada, que possa descrever o em-si⁷¹.

3. COSMONTOLOGIA FEMINISTA

As cosmogonias contam a história da separação ou divisão entre natureza e cultura, portanto, a passagem do passado pré-cosmológico para o presente cosmológico, o estado do ser em processo contínuo de mudança, no qual as virtualidades e potencialidades estão presentes. Nesse fluxo dinâmico de interpenetrações, rasgado pela história, marca-se a fissura da diferenciação sociossexual entre homens e mulheres, que, em várias concepções mitológicas, é contada, igualmente, pela passagem da natureza à cultura, que serve como sistema purificador para diversas outras diferenciações, correspondentes a essa mesma ambivalência. Especificamente na cosmogonia teológica cristã, que perpassa pelas dimensões biopsicossociais da sexualidade, conta-se a passagem do homogêneo sistema de diferenças infinitas às finitas diferenças entre homens e mulheres. Nos mitos de Adão e Eva e, ainda, nas suas variantes, como nos mitos de Lilith, inauguram-se sistemas de correlação entre feminilidade e

⁶⁹ Cf. MEILLASSOUX, 2015 p. 190.

⁷⁰ Cf. MEILLASSOUX, 2015, p. 105.

⁷¹ Cf. MEILLASSOUX, 2015, p. 106.

masculinidades, estabelecendo o sistema das diferenças quantificáveis, que entoa e domina as verdades, como na palavra de Deus de que “haverá guerra entre os sexos”, “o homem deve dominar a natureza, criando a cultura, enquanto a mulher será eternamente serva do seu desejo, gerando a vida”, diferenças que se repetem na filosofia grega, como alma/corpo e inteligência/emoção⁷².

Nesse recorte, a natureza ou ontologia marca a experiência transcendental, o não instituído, enquanto a cultura ou epistemologia marca a experiência discursiva, instituída. No embaralhamento dessas diferenças, surgem, como já visto, duas possíveis posturas: a primeira, a naturalista ou essencialista, que assinala a natureza das coisas como o espaço antiepistêmico, expressão inanimada de predicados e estados intraduzíveis, que se orienta pela postura objetivista, através da qual *conhecer é o mesmo que objetivar*; e a segunda, a culturalista ou relativista, o espaço epistemológico e construtivo no qual tudo se torna discurso, norte da postura subjetivista, através da qual *conhecer é subjetivar*.

Como na caverna de Platão, o que se vê são sombras e reflexos de verdades. Mas como fugir do paradoxo do essencialismo metafísico? Há saída negociável da caverna de Platão? Há morte ao Pai, ou melhor, é suposto que se deva matar o Pai, tomar o seu lugar? Afinal, quando o ex-prisioneiro retorna à caverna, ele vende verdades! Assume a postura do Pai, o grande detentor da sabedoria e da verdade. Os correlacionismos ainda assumem o papel do Grande Pai, pois, apesar de se proclamarem pós-metafísicos, sustentam-se em amarrações metafísicas de segunda ordem,⁷³ mas estes, de modo cínico, proclamam-se como *ametafísica*, ao invés de aceitarem a sua condição de filosofia da relação.

O paradigma contemporâneo do correlacionismo forte, para falar como Meillassoux⁷⁴, foi importante para a inauguração do “outro”, o rasgo ou o furo do aristotélico universalista, a letra que causa a homofonia e fura a palavra,⁷⁵ a partir da qual foram problematizadas as

⁷² Cf. LEMES DE SOUZA, 2018.

⁷³ Essa não é a exclusividade dos correlacionismos, pois cada época e lugar lidam de forma diversa com o paradoxo da incompletude do sistema simbólico. No atual paradigma, a amarração metafísica é a plurirreferencialidade. Cf. SIMIONI, 2018.

⁷⁴ MEILLASSOUX, 2015.

⁷⁵ Derrida, com o jogo *différence/différance*, explica a passagem da fala ao falo, com o falocentrismo e a desconstrução da sobreposição do homem à mulher. Nesse sentido, o

diferenciações entre dentro/fora, falo/hímen, homem/mulher, cultura/natureza. Mas ele alcançou o ponto do esgotamento, já que, ao inaugurar a linguagem como absoluta, ainda se afirma em um saber primeiro que inaugura o conhecimento.

No romance *borgiano* que inspira este artigo, Ts’ui Pên – poeta, calígrafo, astrônomo, culto governador – isolou-se de tudo por treze anos para compor um livro e um labirinto. Todos achavam que se tratava de duas obras, mas era apenas uma: livro e labirinto eram o mesmo objeto. Nas ficções, quando há bifurcação do caminho, os homens, defrontando-se com diversas alternativas, escolhem uma e eliminam as outras. No caótico romance de Ts’ui Pên, opta-se, de modo simultâneo, por todas as alternativas, que igualmente proliferam e se bifurcam; todos os desfechos ocorrem e cada um deles é o ponto de partida para os demais desfechos. O livro era interminável, pois a última página era igual à primeira e, nele, os silêncios falam mais que as falas. Por isso, o genial romance de Ts’ui Pên tem como tema o espaço-tempo. Se na charada que tem como tema o xadrez, a palavra proibida é o xadrez, na história dentro da história que encontramos *No Jardim das veredas que se bifurcam*, a charada é o tempo, o que proíbe a sua menção, pois “omitir sempre uma palavra, recorrer a metáforas ineptas e a perífrases evidentes, é talvez o modo mais enfático de indicá-la”⁷⁶.

A investigação dos conceitos na matriz *cosmopológica* proposta, diferente do giro metafísico grego, não quer inserir e sustentar realidades, nem mesmo absolutizar realidades substitutas. Os correlacionistas fornecem a realidade substituta através dos correlatos. Do contrário, pressupõe-se que as conceituações inserem formulações de realidade, que, enquanto tempo-história, é singular, mas potencialmente possível de se tornar outra coisa no devir.

As possibilidades *cosmopológicas*, mais precisamente, quanto ao paradigma da mulher e da sua invenção, são investigadas em processos epigenéticos. Hamlin⁷⁷, aplicando o realismo crítico, sugere que não se negue a dimensão epistemológica presente na ontologia, mas que se retome o realismo, que tem sido preterido pela

patriarcado pode ser entendido como o uso da oposição hierárquica entre homem e mulher. Cf. DERRIDA, 2013A; LEMES DE SOUZA, 2018, p. 28-76.

76 Cf. BORGES, 2005.

77 HAMLIN, 2008.

confusão que se faz entre realismo e essencialismo. Ela sugere a abordagem do sexo como uma regularidade empírica, um sistema aberto que se regule por interações com mecanismos sociais, psicológicos e culturais.

Essa proposta se torna particularmente interessante, porque, contemporaneamente, as teorias feministas, de modo geral, compreenderam que as noções pré-kantianas como essências, verdades, dentre outras, deveriam ser substituídas por construção de identidades contingentes, questão aventada por Alexander Galloway⁷⁸, que considera o risco, no realismo especulativo, da substituição do sistema essencialista subjetivista, como o patriarcado, pelo essencialista objetivista, como o absoluto, o infinito, o ser enquanto matemática, dentre outros. Alexander Galloway⁷⁹ avança ainda mais sobre essas questões, ao compreender que o novo realismo, ao desconectar a ontologização de seu caráter político, apesar de colocar essa separação como neutra, não age com neutralidade, pois, além de rejeitar todas as teorias pós-kantianas, também afasta a prática socioconstrutivista que elas comportam, com a inclusão da segunda e terceira onda feminista e, de modo geral, o projeto de política identitário construtivista, questões essas que se relacionam com as implicações prático-discursivas da mudança de cenário.

Quentin Meillassoux, que se notabiliza como uma das resistências mais notáveis ao correlacionismo kantiano, compõe a primeira fase do realismo especulativo, movimento que, apesar de heterogêneo, compartilha da recusa à filosofia pós-crítica⁸⁰, esta que desqualificou o objeto em si por considerar a total dependência das esferas da subjetividade e objetividade. Esse novo realismo, de cunho primeiramente epistemológico, problematizou a relação diferença/diferente, preeminente no cenário pós-Kant, com críticas direcionadas ao construtivismo forte e à dominância do correlacionismo na filosofia contemporânea, tornando-se possível delinear práticas e discursos fora da relação sujeito-objeto, pela indiferença entre as

⁷⁸ GALLOWAY, 2013.

⁷⁹ GALLOWAY, 2013, p. 356.

⁸⁰ O nome do movimento filosófico foi possível no evento *Speculative Realism Workshop*, que reuniu Ian Hamilton Grant, Graham Harman, Quentin Meillassoux e Ray Brassier na Universidade de Londres, em abril de 2007, no Goldsmiths College, unidos por um inimigo em comum: a filosofia pós-crítica. Cf. BRASSIER; GRANT; HARMAN; MEILLASSOUX, 2007, p. 307-450.

esferas da objetividade e subjetividade e encontrando o absoluto não metafísico.

As veredas “especulativas” ascenderam novas formas de compreensão da necessidade de contingência, dando fôlego às ciências humanas,⁸¹ pela problematização da constatação “correlacionista” de que o significativo, que era a palavra, aquilo que se presta aos equívocos, passa à letra, que é absolutizada enquanto puro diferencial, gerando, para falar como Vicente Augusto Gabriel Leite Cevo-lo⁸², identidades pubescentes, ipseidades com centros desconexos e incoerentes.

A partir disso, as diferenças sexuais e a questão da mulher podem ser encaradas como problemas inscritos na temporalidade típica da filosofia: anteriormente, com a ontologia dos sexos e sua respectiva absolutização e, após, com a proscrição da ontologia e a absolutização do correlato, que pode variar, a depender da perspectiva teórica que se adote, sendo os mais comuns na teoria feminista contemporânea as relações de poder, a comunicação, as estruturas, a cultura e o capital. No caso da mulher, na vertente ontológica, pode-se, ainda, pensar pela forma perspectiva: a pluralidade da sexualidade como multinaturalismo ou a pluralidade das culturas sexuais como multiculturalismo⁸³.

Quanto às implicações prático-discursivas aventadas por Galloway⁸⁴, é que se propõe a investigação *cosmontológica* como prática decorrente da investigação epistemológica empreendida por Meillassoux, de cunho nitidamente composicionista: se o único absoluto é a absoluta contingência das leis naturais, os modos de existência e vivências dos corpos e suas múltiplas grafias podem coexistir. A partir dessa nova perspectiva teórica que problematiza o triunfo das considerações epistemológicas do banimento da ontologia, a partir da cisão entre o fenômeno e a *coisa em si*, a análise *cosmontológica* favorece a ascensão de outros modos de existência, porque

⁸¹ Sobretudo, pelo ensaio *Après la finitude*, de 2006, de Quentin Meillassoux, que ascendeu novas formas de compreensão da necessidade de contingência, dando novo fôlego às ciências humanas frente à constatação de Stephen Hawking e Leonard Mlodinow de que a filosofia atual está morta, por não ter acompanhado a evolução da ciência moderna, especialmente da física. Cf. HAWKING; MLODINOW, 2011.

⁸² CEVOLO, 2016, p. 408.

⁸³ VIVEIROS DE CASTRO, 2018, p. 30.

⁸⁴ GALLOWAY, 2013.

A cosmologia coloca a pensar aquilo que não se põe em dúvida ou se dispõe à crítica, sem segmentar um feminismo como melhor que o outro: é prática de reconhecimento da finitude e humildade teórica.

permite que se compreendam os gêneros de nova forma: a partir de postulados físicos e metafísicos que criam teias de significados em relação ao indivíduo, que compõem uma anterioridade lógica das ordens social e cultural. Essa ordem cosmológica também se apresenta como epistemologia, aquilo através do qual o mundo se faz conhecer, organiza-se e se totaliza, enquanto o corpo se confere como microcosmo dessa ordem ontológica.

A *cosmologia* coloca a pensar aquilo que não se põe em dúvida ou se dispõe à crítica, sem segmentar um feminismo como melhor que o outro: é prática de reconhecimento da finitude e humildade teórica. Em contrapartida ao correlacionismo, que desloca a contingência da realidade para o sujeito do conhecimento, criando novos absolutos, opomos a *epistemologia* feminista que pensa a *coisa em si* independente do fenômeno, abrindo espaço para nova temporalidade em que as diferenças sexuais são contingenciais. Para falar mais uma vez com Hamlin⁸⁵, pode-se abandonar uma epistemologia com consequências ontológicas (correlacionista) em favor de uma ontologia com consequências epistemológicas (pós-correlacionista), gerando conhecimento que, “ao dar voz a grupos em situação de marginalidade, possibilita não apenas tornar visíveis questões antes invisíveis, mas também empoderar esses mesmos grupos ao considerá-los agentes, participantes do processo de conhecimento”.

Em resumo, na metafísica dogmática pré-Kant ser mulher era ser absolutamente imperfeita, tendo, a partir de Kant, meramente se substituído os absolutos da mulher. No pós-correlacionismo, a partir de Meillassoux, pode-se pensar na mulher como uma possibilidade empírica, sem causa e sem razão, paradoxal contingência, para além da correlação homem/mulher ou das correlações de gênero, típicas do correlacionismo forte: esse sistema epistemológico que não permite pensar a existência da relação para além do absoluto da correlação. Com a abertura a essas grafias e modos de existência, incorporam-se conhecimentos implícitos, inarticulados, desarranjados, normalmente excluídos da ciência social a favor de um monolítico e absoluto correlato: é nas teias ínfimas desses modos de viver o corpo que se mostram as riquezas analíticas dessa nova perspectiva.

⁸⁵ HAMLIN, 2008.

CONCLUSÕES

“Diferentemente de Newton e de Schopenhauer, seu antepassado não acreditava num tempo uniforme, absoluto. Acreditava em infinitas séries de tempos, numa rede crescente e vertiginosa de tempos divergentes, convergentes e paralelos. Essa trama de tempos que se aproximam, se bifurcam, se cortam ou que secularmente se ignoram, abrange todas as possibilidades” (BORGES, 2005).

Como visto, as ciências sociais se encontram em clausura metafísica, coexistindo notadamente duas posições. Em uma delas, na metafísica dogmática, presente nas ciências modernas positivistas, a feminilidade é decorrente da ordem antiepistêmica naturalista, partindo do conceito de natureza, em que a Ciência e a biologia operam a “naturalização” do sexo (Absoluto = Natureza, esta como unidade metafísica). Na outra, na metafísica do correlato, opera-se a “aculturação” do sexo, explicada por processos sócio-histórico-culturais (Absoluto = signo Cultura, esta como pluralidade metafísica).

Em uma, a absolutização da substância, na outra, a absolutização da correlação. Partindo da hipótese desse artigo, a proposta feminista especulativa inaugura humildade teórica, oferecendo novo fôlego ao vencer o paradoxo lógico da metafísica do correlato, que é o fato de que este, ao absolutizar o correlato, faz negar o relativismo mesmo, pois ele se torna uma verdade, um absoluto.

Perante a filosofia especulativa, perde-se o sentido falar em “identidade”, seja ela dogmática (ou essência) ou construída (ou projeto político correlacionista), com a retomada conceitual do gênero, só que de outras formas: como postulados físicos e metafísicos que fornecem teias de significados em relação ao indivíduo, através de “naturezas” ou “culturas”.

Ser mulher não é nem arquivóssil – como se houvesse a possibilidade de reontologização fundamental dos objetos – tampouco correlação, mas sim possibilidade empírica, é ser contingente e não necessidade. Nesse sentido, sexo é constância empírica, pois a propriedade real da coisa é a facticidade, de ser sem razão e sem razão se tornar efetivamente outro, sendo o único absoluto de ser mulher não ter correlato absoluto.

Para cada acontecimento dado na experiência, concebemos diferentes sucessões empíricas, mas, se obtemos os mesmos efeitos, é que

Para o feminismo especulativo ensaiado nesse artigo, gênero pode ser compreendido como uma regularidade empírico-histórica, construção do pensar sobre o ser: convexidade histórica dentre outros multiversos possíveis.

eles advêm das mesmas causas. Quando Hume ou Kant sustentam a necessidade das leis, estão agindo exatamente como um jogador em frente a um dado falsificado⁸⁶, criando a necessidade oculta, porque a necessidade nasce como um dado falsificado que cai sempre do mesmo lado.

O patriarcado no ocidente – embora com suas próprias variações e diferenciações, funciona como esse “falseamento” do dado: se algo é sempre igual, não é porque ele é necessário, mas sim que a naturalização dessa diferença aparece como “razão oculta”. Patriarcado seria, como no exemplo de Hume, a pelota de chumbo aninhada no dado, que faz com que os resultados sejam sempre iguais, gerando falsa naturalização.

Para o feminismo especulativo ensaiado nesse artigo, gênero pode ser compreendido como uma regularidade empírica histórica, construção do pensar sobre o ser: convexidade histórica dentre outros multiversos possíveis. Se nas veredas correlacionistas a mulher como totalização é impensável, no feminismo especulativo a saída aponta para a destotalização do possível – uma hipótese ontológica – que avança para a absolutização do transfinito, conforme tabela comparativa abaixo (tabela 1). Diante dela, um conceito diferente para homem/mulher poderia ser a vivência da diferença corpo/terra, a começar pela destotalização de qualquer diferença, sempre emergente e provisória, proposta pelo o que chamamos de *cosmontologia*, nitidamente híbrida e composicionista: afinal, se o único absoluto é a absoluta contingência das leis naturais, os modos de existência e as vivências dos corpos, com suas múltiplas grafias, histórias etc., podem coexistir.

Ontologia pode ser compreendida como pluralidade de naturezas, descartando a diferença entre Natureza (ou ser/mundo) e Cultura (ou linguagem), pois a cultura é apenas a concepção de certa ontologia. Abandona-se a epistemologia com consequências ontológicas (correlacionista) em nome da ontologia com consequências epistemológicas (pós-correlacionista), gerando conhecimento que pode dar voz aos marginais, o que, das perspectivas “retas” anteriores, não poderia ser observado.

⁸⁶ Cf. MEILLASSOUX, 2015, p. 156.

A mulher, nas veredas pós-correlacionistas, é temporalidade transfinita, possibilidade, destotalização *cosmopológica* que inaugura novos olhares, pela abrangência de todas as possibilidades em séries infinitas de tempo, dentre tantas e tantas veredas.

Tabela 1 – Quadro comparativo da mulher nos paradigmas filosóficos

Corrente	Período	Mulher	Resumo
Pré-Kant	Realismo (com R maiúsculo)	Mulher como essência: Antiepistêmico	Possibilidade e essencialismo do ser (natureza das coisas) e do pensamento
Correlacionismo fraco	Kant	Mulher como correlato: Epistêmico	Possibilidade do ser e pluralidade do pensamento (<i>coisa em si</i> é incognoscível, embora pensável)
Correlacionismo forte	<i>Pós-Kant</i>	Mulher como correlato: Epistêmico	Impossibilidade do ser e pluralidade do pensamento (<i>coisa em si</i> é impossível)
Correlacionismo ultraforte	<i>Différence</i> , Husserl, Wittgenstein e Heidegger	Mulher como correlato: Epistêmico	Impossibilidade do ser e pluralidade do pensamento (<i>coisa em si</i> é impossível), com primazia da correlação. Pluralismo seletivo, porque absolutiza o correlato.
Pós-correlacionismo: Realismo especulativo	realismo (com r minúsculo)	Temporalidade transfinita	Possibilidade do ser e pluralidade do pensamento (<i>coisa em si</i> é possível, especulável). Desabsolutização do ser e do pensamento.

REFERÊNCIAS

BADIOU, Alain. *O ser e o evento*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: UFRJ, 1996.

BADIOU, Alain; CASSIN, Barbara. *Não há relação sexual: duas lições sobre “o aturdido” de Lacan*. Tradução de Claudia Berliner. Rio de Janeiro (RJ): Zahar, 2013.

BARROS, Manoel de. *O Livro Sobre Nada*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

BARROS, Manoel de. O apanhador de desperdícios. In: PINTO, Manuel da Costa. *Antologia comentada da poesia brasileira do século 21*. São Paulo: Publifolha, 2006. p. 73-74.

BORGES, Jorge Luis. O jardim de veredas que se bifurcam. In: _____. *Ficções*. Tradução de Davi Arriguuci Jr. São Paulo (SP): Companhia das Letras, 2005.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo II: a experiência vivida*. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo I: fatos e mitos*. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BHASKAR, Roy. *A realist theory of science*. 2. ed. Brighton: Harvester, 1975.

BRASSIER, Ray; GRANT, Ian Hamilton; HARMAN, Graham; MEILLASSOUX, Quentin. “Speculative Realism”. In: MACKAY, Robin (Ed.). *Collapse: Philosophical Research and Development* (3). Falmouth: Urbanomic, 2007. p. 307-450.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade*. 8. ed. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CEVOLO, Vicente Augusto Gabriel Leite. “As sombras vazias”. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 32, n. 1, p. 405-416, jan./jun. 2016.

CORTÁZAR, Julio. *Bestiário*. Tradução de Remy Gorga, filho. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

DERRIDA, Jacques. *Points de suspension: entretiens*. Paris: Galilée, 1992.

DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. Tradução de Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005.

DERRIDA, Jacques. *Esporas: Os estilos de Nietzsche*. Tradução de Rafael Haddock-Lobo e Carla Rodrigues. Rio de Janeiro: NAU, 2013A.

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. Tradução de Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2013B.

DERRIDA, Jacques. *Essa estranha instituição chamada literatura: uma entrevista com Jacques Derrida*. Tradução de Marileide Dias Esqueda. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

FEYNMAN, Richard P.; HIBBS, Albert R.; STYER, Daniel F. *Quantum Mechanics and Path Integrals: Emended Edition*. Mineola, New York: Dover Publications, 2010.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 2: O uso dos prazeres*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 3: O cuidado de si*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2005.

FRASER, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections on the “postsocialist” condition*. New York & London: Routledge, 1997.

GALLOWAY, Alexander. “The Poverty of Philosophy: Realism and Post-Fordism”. *Critical Inquiry*, v. 39, n. 2, winter 2013. Chicago: The University of Chicago Press. 2013. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.1086/668529>>. Acesso em: 22 de julho 2018.

GÖDEL, Kurt. *On formally undecidable propositions of principia mathematica and related systems*. Tradução de B. Meltzer. New York: Dover Publications, Inc., 1992.

HAMLIN, Cynthia Lins. “Ontologia e gênero: realismo crítico e o método das explicações contrastivas”. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 23, n. 67, p. 71-81, jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092008000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 de agosto de 2018.

HARAWAY, Donna. *When species meet*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2008.

HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. O grande projeto: novas respostas para as questões da vida. Tradução de Mônica Gagliotti Fortunato Friaça. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis/RJ: Vozes. Bragança Paulista/SP: Universitária São Francisco, 2003.

HOOKS, Bell. *Feminist theory: from margin to center*. London: Pluto Press, 2000.

KOLLONTAI, Alexandra. *Selected writings*. London: Allison & Busby, 1977.

LATOURL, Bruno. *Nous n'avons jamais été modernes*. Essai d'anthropologie symétrique. Paris: La Découverte, 1991.

LEMES DE SOUZA, Ana Paula. *As tranças de Lilith: feminismo, direito e democracia*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

LUHMANN, Niklas. "Frauen, Männer und George Spencer Brown". In: *Zeitschrift für Soziologie*, Jg. 17, Heft 1, Februar 1988. p. 47-71.

MARRAS, Stelio. "Por uma antropologia do entre: reflexões sobre um novo e urgente descentramento do humano". *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, Brasil, n. 69, p. 250-266, abr. 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/145647/139593>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2018.

MEILLASSOUX, Quentin. *Time without becoming*. Edited by Anna Longo. Place of publication not identified: Mimesis International, 2014.

MEILLASSOUX, Quentin. *Después de la finitud: Ensayo sobre la necesidad de la contingencia*. Edición a cargo de Florencio Noceti, con prólogo de Alain Badiou e traducción de Margarita Martínez. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2015.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PLATÃO. *O banquete; ou Do amor*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1975.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes*. Mito e realidade. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

STENGERS, Isabelle. "The Cosmopolitical Proposal". In: LATOURL, Bruno; WEIBEL, Peter (Eds.). *Making Things Public: Atmospheres of Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 994-1004.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. "O segredo de Kelsen: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo no direito brasileiro". *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, [S.l.], v. 90, n. 1, p. 110-136, jun. 2018. ISSN: 2448-

2307. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/230674/29131>>. Acesso em: 08 de agosto 2018.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Metafísicas canibais*: Elementos para uma antropologia pós-estrutural. São Paulo: Ubu Editora, n-l edições, 2018. Google Livros/Páginas originais.

AMIZADE SELETIVA ANÁLISE ESTRATÉGICA DA FUNCIONALIDADE DO *AMICUS CURIAE*

Débora Costa Ferreira
Mestre em Direito
Constitucional pelo
Instituto Brasiliense de
Direito Público – IDP.
Brasília, DF, Brasil debora.
costaferreira91@ gmail.
com

Selective friendship:
Strategic analysis of
amicus curiae functionality

RESUMO

Recebido: julho 08, 2019
Aceito: maio 02, 2020

O presente estudo analisa estratégica e empiricamente se o *amicus curiae* tem efetivamente desempenhado as funções propagadas pelo discurso doutrinário e jurisprudencial de legitimação democrática e ampliação da cognição do juízo, ou se essa figura tem servido a outros interesses. Os resultados da análise empírica – a partir de dados de ações de controle concentrado de constitucionalidade com participação de ao menos um *amicus curiae* julgadas pelo STF entre 1990 e 2017 – confirmam os padrões identificados na análise estratégica e revelam que a Suprema Corte faz o uso estratégico da figura do *amicus curiae*, tratando distintamente os diferentes tipos de participantes, ao citar mais aqueles tipos que tragam maior apoio difuso para a corte perante a opinião pública (*amicus curiae* representantes da sociedade civil) e ao se deixar influenciar mais por participantes com maior poder de barganha institucional e credibilidade argumentativa e informacional (*amicus curiae* governamentais). Conclui-se, assim, que a Corte é “mais amiga” de alguns tipos de *amicus curiae* do que de outros.

Palavras-chave: Direito constitucional; Amicus curiae; Jurisdição constitucional; Análise estratégica.

Abstract

This paper analyzes strategically and empirically if the *amicus curiae* has effectively performed the functions presented by doctrinal and jurisprudential discourse of democratically legitimizing and expansion of court's background information, or if this figure has served to other interests. The results of the empirical analysis – using data from judicial review processes with participation of at least one *amicus curiae* judged by STF between 1990 and 2017 – corroborate the standards identified in the strategic analysis and reveal that the Brazilian Supreme Court makes strategic use of *amicus curiae*, citing more of those types that bring greater diffuse support with public opinion to the Court (*amicus curiae* representatives of civil society) and to be more influenced by participants with greater institutional bargaining power and argumentative and informative credibility (*amicus curiae* governmental organizations). It follows, therefore, that the Court is “friendlier” to some types of *amicus curiae* than to others.

Keywords: Constitutional law; Amicus curiae; Constitutional jurisdiction; Strategic analysis.

INTRODUÇÃO¹

A figura processual do *amicus curiae* foi incorporada ao direito brasileiro com grande entusiasmo e ainda desperta expressivo interesse acadêmico e jurisprudencial por sua propagada capacidade de realizar concomitantemente as funções de ampliação da cognição do juízo e de legitimação democrática da jurisdição constitucional, em prol do aprimoramento das decisões e interpretações constitucionais. Além dos paradigmáticos estudos de Peter Häberle², que estabeleceram as bases das teorias nas quais se assenta a figura atualmente, observa-se grande quantidade de trabalhos acadêmicos e manuais jurídicos que enfatizam e reafirmam tais funções, sem maiores problematizações quanto à sua funcionalidade prática. Tais teorias estão incorporadas nos fundamentos dos textos normativos que regulam o tema, além de serem diuturnamente apropriadas nos discursos vocalizados pelos membros do Supremo Tribunal Federal para justificar a participação do amigo da corte nos processos de sua competência.

¹ Há trechos do trabalho duplicados da dissertação, constante em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2406/Dissertação_Debora%20Costa%20Ferreira_DIREITO%20CONSTITUCIONAL_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 mai. 2020.

² HÄBERLE, 1997; HÄBERLE, 2002, pp. 98-99.

A tese central que se estabelece é a de que, na falta de balizas legais e jurisprudenciais mais precisas e da clara definição institucional acerca de qual função o *amicus curiae* deva servir, a Suprema Corte faz o uso estratégico da figura do *amicus curiae*, de modo a retirar maior proveito possível dessa participação, de acordo com o que cada participante possa-lhe oferecer, desde que esse também reste satisfeito com o tratamento que lhe é conferido.

Ocorre que, após vinte anos de sua implementação normativa na jurisdição constitucional brasileira, ainda são recorrentes as situações em que os ministros se confrontam com incongruências e disfuncionalidades da figura do *amicus curiae* na sua aplicação prática com relação ao que postula a teoria, que os obrigam a realizar conformações marginais e paliativas. Esse incômodo pode decorrer da falta de clareza quanto à efetividade prática dessa figura no aprimoramento das deliberações e interpretações da Suprema Corte e à função que se deseja que ela realize na jurisdição constitucional brasileira. Nesse contexto, o presente estudo buscou investigar (i) o que de fato tem motivado o STF no tratamento que confere aos diferentes atores sociais que requerem a participação na jurisdição constitucional como *amicus curiae*, e (ii) quais incentivos que incidem sobre esses diferentes atores sociais no momento de requerer a sua entrada nos processos de competência do STF como *amicus curiae*. Esses atores têm atuado de acordo com o que predizem as teorias jurídicas tradicionais ou existem outras intenções que cercam a atuação da corte na sua interação com o *amicus curiae*?

A tese central que se estabelece é a de que, na falta de balizas legais e jurisprudenciais mais precisas e da clara definição institucional acerca de qual função o *amicus curiae* deva servir, a Suprema Corte faz o uso estratégico³ da figura do *amicus curiae*, de modo a retirar maior proveito possível dessa participação, de acordo com o que cada participante possa-lhe oferecer, desde que esse também reste satisfeito com o tratamento que lhe é conferido.

Para embasar e testar essa hipótese, o estudo utiliza como metodologia a análise estratégica a qual visa investigar, a partir do arcabouço teórico da teoria da escolha racional (*rational choice*) e das teorias de comportamento judicial (*judicial behavior theories*), os incentivos que efetivamente incidem nessa interação sobre cada um dos envolvidos; além de análise empírica, por meio da análise estatística quali-quantitativa com dois modelos de regressão logística sobre dados das ações de controle concentrado julgadas pelo STF entre 1990 e 2017, nas quais houve a participação de ao menos um *amicus curiae*. Dividindo-se os *amici curiae* em três tipos –

³ O agir estratégico ora mencionado é aquele definido nas teorias da escolha racional, em que o agente racional adotará como estratégia de atuação o comportamento que lhe proporcione maior satisfação.

representantes da sociedade civil, governamentais e corporativos –, investiga-se (i) qual(is) desse(s) tipo(s) de *amicus curiae* aumentam a chance de haver citação de argumentos dessa figura no voto, (ii) qual(is) tipo(s) de *amicus* influencia(m) no resultado da decisão e (iii) se a citação dos seus argumentos nos votos aumenta a chance de a ação ser julgada procedente.

A análise teórica prediz que os *amici curiae* do tipo representantes da sociedade civil tenderão a ser mais citados nos votos, porquanto constitui meio pelo qual a Suprema Corte encontra para ampliar seu estoque de apoio difuso perante a sociedade, atendendo, ao mesmo tempo, aos anseios desses grupos de serem ouvidos no âmbito dos debates constitucionais. Por outro lado, os *amici curiae* governamentais são os que possuem maior inclinação a influenciar na decisão final, uma vez que seu poder de barganha institucional e sua credibilidade argumentativa inspiram maior cuidado por parte dos membros da Corte, no âmbito do contínuo relacionamento entre Poderes. Já os *amici curiae* corporativos, que representam grupos de interesses específicos, têm menor chance de influenciarem e de serem citados nos votos, por não se destacarem, em geral, em termos de representatividade social, poder de barganha institucional e credibilidade institucional, sendo que o sistema de legitimação para a base utilizado por esses atores se compatibilizaria com o mero ingresso formal nos autos.

Confirmando as hipóteses teóricas, a investigação empírica revelou que os únicos *amici curiae* que, com significância estatística, aumentam a chance de citação no voto são os do tipo representantes da sociedade civil, especificamente aqueles que se posicionam desfavoravelmente à demanda do peticionário (cada *amicus curiae* desse tipo que participa em desfavor do peticionário eleva entre 15,0% e 67,7% a chance de haver citação das suas contribuições no voto). Identificou-se, ainda, que somente o *amicus curiae* do tipo governamental tem influência positiva e estatisticamente significativa sobre a decisão final (cada *amicus curiae* governamental favorável ao peticionário a mais do que os desfavoráveis desse mesmo tipo no processo aumenta entre 18,1 e 50,8% a chance de a ação ser julgada procedente). Outro resultado obtido pelo segundo modelo de regressão logística foi o de que a citação dos argumentos no voto não aumenta, com significância estatística, a chance de influência na decisão final.

Conclui-se, a partir daí, que, na prática do controle concentrado de constitucionalidade, a corte trata diferentemente os diferentes tipos de participantes, razão porque os propagados discursos de consecução das funções de ampliar a cognição do juízo e de aumentar a legitimidade democrática da corte causam velado incômodo tanto aos seus destinatários quanto aos seus próprios emissários. Assim, tais discursos podem ser usados para escamotear comportamentos estratégicos e legitimar politicamente as decisões tomadas pelo STF. Diante das análises e conclusões alcançadas, o estudo traz perspectiva original acerca do tema, ao combinar descrição objetiva da literatura jurídica e do papel institucional dos atores sociais com ferramenta econômico de análise estratégica e parametrização de fenômenos sociais, permitindo-se formular diagnóstico mais fidedigno da realidade da jurisdição constitucional brasileira.

Na seção 1, o estudo apresenta os principais aspectos teóricos, legais e jurisprudenciais que envolvem esse instituto processual. Já na seção 2, realiza-se a análise estratégica, passando, na seção 3, para a investigação empírica do *amicus curiae* e, em seguida, para as conclusões.

1. ASPECTOS LEGAIS, TEÓRICOS E JURISPRUDENCIAIS DO *AMICUS CURIAE*

1.1. Arcabouço legal e jurisprudencial acerca do *amicus curiae* no Brasil

O artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999 foi a primeira norma que adotou explicitamente a intervenção do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade. A lei impõe dois requisitos para a admissão do *amicus curiae* no processo: (i) a relevância da matéria; e (ii) a representatividade dos postulantes, os quais se submetem à discricionariedade do relator quanto à necessidade e oportunidade dessa intervenção. Os dois requisitos legais alinham-se com a função pluralizadora e democratizante do procedimento constitucional, enquanto o filtro de discricionariedade do relator relaciona-se às convicções do juiz acerca de qual das funções o *amicus curiae* deve servir e à sua percepção das peculiaridades do caso diante dessa perspectiva. Outro ponto de relevante percepção é que o diploma nada dispõe acerca da necessidade de fornecimento de informação, mas somente de “manifestação”, fican-

do a cargo do relator determinar se usará ou não essa funcionalidade. Apesar de sucessivas tentativas de melhor delimitação desses aspectos, remanesce na jurisprudência imprecisão quanto à especificação de tais requisitos, uma vez que, na prática, a noção de “representatividade adequada” e “relevância do caso” inserem-se no âmbito da discricionariedade do relator.

Além da expressa permissão da Lei n. 9.868/98 para participação do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴ estendeu seu alcance para a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o recurso extraordinário, para posteriormente admiti-lo em praticamente todas as classes processuais de competência da Suprema Corte. No mesmo caminho, a Lei n. 9.868/99 estendeu ao controle incidental no âmbito da manifestação produzida pelo tribunal na sua composição plena, acrescentando os parágrafos ao art. 482 do Código de Processo Civil.

A mais recente previsão do instituto do *amicus curiae* se deu no Código de Processo Civil de 2015, o qual autoriza que qualquer juiz ou o relator, independentemente da instância jurisdicional, admita a intervenção dessa figura em qualquer classe processual, extravasando essa participação para além do âmbito da jurisdição constitucional. Os dispositivos trazem como novidade (i) a permissão expressa de participação de pessoas naturais como *amicus curiae*; (ii) a possibilidade de interposição de recursos contra a decisão em incidente de resolução de demandas repetitivas; e (iii) a delegação ao juiz ou ao relator da definição dos poderes dos *amici curiae*. Apesar de a análise da participação do *amicus curiae* nos processos subjetivos extravasar o escopo deste estudo, tal inovação legislativa aponta para a preponderância da discricionariedade do julgador na determinação da funcionalidade dessa figura processual, havendo, contudo, o expresso dever de consideração de todos os argumentos aventados pelos *amici curiae* que venham a ser admitidos, por força da determinação constante do artigo 489, §1º, do novo CPC. Essa maior discricionariedade do juiz ou relator na determinação dos poderes

⁴A ADC 14 ampliou a possibilidade de ingresso de *amicus curiae* para a ação declaratória de constitucionalidade. No julgamento das ADPF n. 46/DF e 73/DF, o STF estendeu a participação do *amicus curiae* para a arguição de descumprimento de preceito fundamental. No RE 597.165, também houve extensão para o recurso extraordinário.

processuais do *amicus curiae* pode aprofundar eventuais diferenciações no tratamento entre diferentes petionários.

Destarte, o resgate do arcabouço normativo e jurisprudencial que traçou as hipóteses de intervenção dos *amici curiae* e seus requisitos processuais no Brasil explicita o fato de que, apesar de as primeiras previsões legais destinarem-se ao fornecimento de informações técnicas ao juízo, a figura foi internalizada na jurisdição constitucional sem clara definição quanto à função que deve cumprir e delegando ampla discricionariedade ao relator para decidir acerca da oportunidade dessa intervenção. Assim, o instituto vem sendo ampliado para novas hipóteses com grande entusiasmo sem haver, contudo, suficiente consciência da sua funcionalidade e da conformação processual necessária para consecução dessas funções.

1.2. Fundamento doutrinário da incorporação do *amicus curiae* ao Direito brasileiro

Por trás da incorporação doutrinária, legal e jurisprudencial da figura do *amicus curiae* no Brasil está a premissa de que tal mecanismo de abertura processual possui as prementes funções (i) de conferir legitimidade democrática à jurisdição constitucional e (ii) de ampliar a cognição do juízo. Tal pressuposto assenta suas bases em ideias inicialmente desenvolvidas por Peter Häberle, no seu artigo *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*⁵⁶. A teoria de Peter Häberle foi adaptada para o contexto do Supremo Tribunal Federal, por uma série de estudos doutrinários pátrios⁷, com tal sucesso e aceitabilidade a ponto de fazer parte do embasamento doutrinário do *amicus curiae* em quase totalidade dos manuais de direito constitucional e da exposição de motivos dos diplomas normativos que o adotam⁸, razão porque é imprescindível

⁵ HÄBERLE, 1997.

⁶ “No âmbito legislativo, a Lei n° 9.868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, representa um eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição. Na jurisprudência, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de Peter Häberle ao desenvolvimento do direito constitucional no Brasil” (MENDES, RUFINO, 2009, p. 2).

⁷ MENDES, 1999, pp. 503/504; TAVARES, 1998, p.71-94; MORAES, 2017, p. 541; MAMARI FILHO, 2005; COELHO, 1998; DEL PRÁ, 2008.

⁸ “Nos dois diplomas legais de 1999, o legislador emprestou relevo ao papel esperado dos *amici curiae* de propiciar maior correção e legitimidade aos julgamentos de ordem constitucional. As comissões que se desincumbiram da tarefa de elaborar os anteprojetos que se converteram nas referidas leis sustentaram-se nas idéias de Peter Häberle sobre a necessidade de se expandir a comunidade dos intérpretes da Constituição, conforme dão ciência os estudos de Gilmar Ferreira Mendes, jurista que guiou os trabalhos de ambos os comitês” (MENDES, 2007, pp. 126-140).

a apresentação sucinta da linha de raciocínio desenvolvida pelo autor e de suas premissas.

Sua teoria pressupõe o fato de que a jurisdição constitucional representa espaço de composição de conflitos políticos e de realização de escolhas constitucionais, na busca do equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e o autogoverno do povo⁹, em meio à indelével marca de pluralidade das sociedades modernas. Diante dessa conjectura, a mera legitimidade derivada da delegação constitucional e das garantias de independência e imparcialidade do juiz não seriam suficientes para evitar o que Dieter Grimm¹⁰ denominou de “risco democrático”, no sentido de uma atuação introvertida – e até abusiva – do intérprete¹¹, porquanto não haveria qualquer mecanismo de controle democrático das suas decisões¹². Nesse contexto, Peter Häberle concebe sua teoria com vistas a propor uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, sob a premissa de que quem vive a Constituição acaba por interpretá-la. A intuição por trás de tal assertiva é a de que a maior quantidade de informação acerca das peculiaridades da incidência prática e das consequências da norma, colocariam os titulares do direito e destinatários da norma em melhor condição para definir “realidades públicas”¹³ e o âmbito de proteção do direito¹⁴.

Häberle também enfatiza que “assume idêntico relevo o papel co-interpretativo do técnico ou expert no âmbito do processo legislativo ou judicial”, fazendo com que “experts e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convert[am] em intérpretes do direito estatal”¹⁵. Assim, o objetivo de controle democrático das decisões da corte constitucional só poderia ser realizado pela permissão da participação (i) dos titulares de direitos e destinatários das normas constitucionais analisadas no âmbito do processo objetivo;

⁹ BICKEL, 1962.

¹⁰ GRIMM, 1977, p. 83.

¹¹ HÄBERLE, 1997, p. 36.

¹² MENDES, 1999, p. 504.

¹³ HÄBERLE, 1997, p. 37.

¹⁴ “*Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico*” (HÄBERLE, 1997, p. 29).

¹⁵ MENDES, 1999, p. 504. “*Todos aqueles que têm suas vidas dirigidas pela Constituição estão, logicamente, autorizados a efetuar a sua interpretação*” (MAMARI FILHO, 2005, p. 74).

(ii) dos experts e (iii) de outros agentes e grupos sociais não diretamente afetados pela decisão.

Para realizar na prática a teoria de Peter Häberle, a Suprema Corte não poderia deixar de considerar (i) as informações e argumentos trazidos pelos afetados pela decisão e pelos experts, assim como (ii) a posição dos participantes não afetados diretamente pela questão constitucional. Isso porque a participação dos afetados visa a reduzir a assimetria de informação quanto a “questões de fato”, a inclusão dos experts no processo destina-se a contornar a falta de expertise técnica que recai sobre a corte em determinadas questões constitucionais que lhes são postas em casos que não podem prescindir de respostas que se encontram no domínio da ciência; e a participação daqueles sem envolvimento direto com a questão constitucional seria necessária para aumentar a legitimidade democrática das decisões.

Não obstante, da análise dos precedentes por meio dos quais os Ministros enunciam seu entendimento acerca da utilidade da figura do *amicus curiae*, observa-se que os dois discursos – da ampliação da cognição do juízo e da legitimidade democrática¹⁶ – não fazem distinção entre os diferentes participantes, aplicando-se indevidamente o discurso de legitimação para a inclusão do experts e dos diretamente afetados e utilizando-se os argumentos de obtenção de informações para admitir a participação dos não afetados diretamente pela decisão. Além disso, os dois discursos são colocados recorrentemente lado a lado, como se possuíssem intrínseca relação lógica entre si – como se o aumento da cognição

¹⁶ “O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado. A participação do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade no STF possui, nos termos da disciplina legal e regimental hoje vigentes, natureza predominantemente instrutória, a ser deferida segundo juízo do Relator” (ADI 3.460-ED, rel. min. Teori Zavascki, grifos acrescidos). “Processo objetivo de controle normativo abstrato. Possibilidade de intervenção do *amicus curiae*: um fator de pluralização e de legitimação do debate constitucional” (ADI 2.321-MC, rel. min. Celso de Mello, grifos acrescidos) No mesmo sentido: ADI 3.808, rel. min. Rosa Weber, decisão monocrática). “O Ministro Celso de Mello sublinhava a importância da admissão do ‘*amicus curiae*’ porque, de um lado, permitiria a pluralização do debate constitucional e, de outro, conferiria maior legitimidade às decisões do STF, quando tomadas, como na espécie, em sede de controle normativo abstrato” (ADI n. 747, Informativo 747, grifos acrescidos).

do juízo, por si, aumentasse a legitimidade democrática e vice-versa¹⁷. Contudo, a simples pluralização da participação não implica necessariamente na exigência de apresentação de argumentos, fatos e informações pertinentes por parte dos que participam. Isso porque nem todos os participantes têm ou desejam agregar informações ao processo. Por outro lado, a admissão de todas as participações de agentes com representatividade social diminui a factibilidade de que os argumentos úteis eventualmente trazidos pelos *amici curiae* sejam identificados e incorporados às razões de decisão dos ministros. Enfim, não há possibilidade lógica de considerar igualmente os argumentos de todos os participantes do processo e, ao mesmo tempo, considerar o peso e a representatividade político-social dos agentes que venham a requerer o ingresso como *amicus curiae*, razão por que o julgador se vê obrigado a adotar uma entre as duas posturas possíveis.

Diante de todas essas incoerências, acaba-se por desrespeitar os pressupostos da teoria de Peter Häberle, o que prejudica – ou mesmo impede – o alcance dos resultados projetados pela teoria, fazendo-se possível que um prepondere sobre o outro discurso, a depender do momento processual, de diferentes características institucionais dos petionários e da compreensão pessoal dos

¹⁷ “A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 -- que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* -- tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.” (ADI 2.130-MC, rel. min. Celso de Mello, grifos nossos). “Vê-se, portanto, que a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz insita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade” (ADI 3.921, rel. min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, grifos acrescidos) No mesmo sentido: ADI 4.010, rel. min. Rosa Weber, decisão monocrática). “. Cabe advertir, no entanto, que a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. [...] Não se pode perder de perspectiva que a regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei n. 9.868/99 -- que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* -- tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte” (ADI 3.045, voto do rel. min. Celso de Mello, grifos acrescidos) No mesmo sentido: ADPF 41-AgR, rel. min. Ellen Gracie, decisão monocrática).

ministros a respeito da função do *amicus curiae*, o que torna problemática a previsão da forma como a influência final do *amicus curiae* se dará e para que essa participação servirá à Corte. Nada impede que o Supremo Tribunal Federal esteja lidando de formas diversas com os mais diferentes tipos de *amicus curiae*, conferindo-lhes tratamento distinto a depender de quais das suas peculiaridades possam ser melhor aproveitadas à corte. Essa distinção de tratamento é o que o presente estudo passa a investigar.

Nesse contexto, postula-se que, sem balizas legais, processuais e jurisprudenciais bem definidas, que direcionem a conformação do *amicus curiae* para uma dada funcionalidade, a corte tende a fazer o uso estratégico desse mecanismo de abertura procedimental de modo a retirar maior proveito possível dessa participação, o que pode ocorrer de maneira distinta de acordo com o que o participante possa-lhe oferecer. De todo modo, as ferramentas convencionais do direito não permitem analisar com maior profundidade a funcionalidade prática dos diferentes tipos de *amicus curiae*, uma vez que nem as normas jurídicas nem a jurisprudência balizam suficientemente essa interação no âmbito da jurisdição constitucional, sendo oportuna a incorporação de análises estratégicas e empíricas para o estudo do comportamento do *amicus curiae* e dos ministros do STF. Nesse passo, somente a investigação minuciosa da relação entre membros da Suprema Corte e *amicus curiae* – hábil a apontar a forma como esses tenderão a agir estrategicamente em cada cenário –, acompanhada da análise empírica do efeito líquido dessa interação, é capaz de explicitar a funcionalidade dos diferentes tipos de *amicus curiae* na prática da jurisdição constitucional e a sua potencialidade de influência na interpretação do Supremo Tribunal Federal, o que se fará a seguir.

2. ANÁLISE ESTRATÉGICA DO AMICUS CURIAE

A presente seção destina-se a realizar a análise estratégica dos incentivos que incidem sobre a Suprema Corte e sobre os diferentes tipos de *amici curiae* no âmbito dessa interação, a partir do arcabouço teórico da teoria da escolha racional (*rational choice*) e das teorias de comportamento judicial (*judicial behavior theories*).

2.1. O que incentiva a Suprema Corte na prática?

Antes de adentrar na análise estratégica da relação entre o Supremo Tribunal Federal e os *amici curiae*, é imprescindível assentar as premissas acerca dos aspectos que incentivam a corte a atuar e o que motiva de fato esse relacionamento, a partir de premissas do recorte teórico utilizado.

2.1.1. Teorias do comportamento judicial

Teóricos norte-americanos há tempos se debruçam sob a análise dos incentivos que incidem sobre o juiz – sobretudo, sobre os membros da Suprema Corte – no momento da decisão dos casos a eles submetidos, investigando o que motiva sua atuação e as circunstâncias que afetam as escolhas judiciais. Existem três modelos principais sobre comportamento judicial: (i) modelo legal, (ii) modelo dos grupos de interesse, e (iii) modelo atitudinal, o qual tem evoluído para o atitudinal-estratégico. Apresentam-se, na sequência, esses três modelos, que servirão de base para os padrões de comportamento judicial ora traçados.

O modelo legal¹⁸ tem como postulado que os ministros da Suprema Corte julgam os casos observando as especificidades fáticas para aplicar os exatos termos da normatividade da Constituição, a intenção do legislador, os precedentes e a ponderação de interesses sociais, sem qualquer contaminação de posições pessoais do julgador ou influência política de agentes externos¹⁹, buscando, para tanto, o maior nível de informação factual, argumentativa e técnica possível²⁰. Por isso, os *amici curiae* teriam especial importância na transmissão de informações e subsídios relevantes para a decisão judicial. Contudo, sua utilidade só se daria na medida em que ele trouxesse argumentos e informações importantes e inéditas para a Corte, inclusive a respeito das consequências das mais diversas alternativas de interpretação. Destarte, o juiz do modelo legal convencional irá sempre considerar, blindado de influências políticas, todos os argumentos relevantes apresentados pelo *amicus curiae*,

¹⁸ CROSS, 1997, p. 255-64; SCALIA, 1989.

¹⁹ “[O] modelo jurídico [...] postula que as decisões da Corte se baseiam nos fatos do caso, tendo em vista o significado simples dos estatutos e da Constituição, a intenção dos autores, precedentes e um equilíbrio de interesses sociais” (SEGAL, 1993, p. 65-73).

²⁰ BIX, 2009.

exceto se a sua carga de trabalho atingir um nível crítico²¹, a partir do qual não haveria possibilidade fática, dados os recursos humanos e materiais disponíveis aos membros da Suprema Corte, de ler e considerar todos os argumentos apresentados no caso.

Já o modelo dos grupos de interesse²² estipula a premissa de que os membros da Suprema Corte não possuem preferências pré-estruturadas sobre todas as questões que chegam ao seu crivo, inclinando-se pelas posições com maior suporte de grupos de interesse mais bem organizados e com maior poder de barganha social²³, porquanto os ministros estariam preocupados com o prestígio e o apoio difuso da Corte com relação à opinião pública²⁴. Assim, a Suprema Corte utilizaria a participação do *amicus curiae* como forma de transmissão de dados a respeito de como se posiciona em determinado assunto a opinião pública, ou, ao menos, a opinião publicada e bem organizada, em outras palavras, a opinião dos grupos de interesse mais bem organizados. Conseqüentemente, a produção de contribuição com argumentos e informações relevantes não teria utilidade prática considerável nem para os Ministros, nem para os *amici curiae*, visto que aqueles somente se interessariam pela posição de cada grupo de interesse e pelas repercussões políticas das diversas alternativas de decisão.

Enfim, o modelo atitudinal-estratégico parte da premissa de que os Ministros possuem convicções ideológicas formadas que conduzem as suas decisões e evolui no sentido de incorporar ao modelo as mudanças de posição desses julgadores em razão da posição de outros atores institucionais e das possíveis retaliações e conseqüências de cada escolha interpretativa. A partir de então, os Ministros passam a ser considerados agentes estratégicos, que decidem os casos em busca da maximização da chance de sua visão ideológica ser

²¹ O nível crítico a que se refere trata de carga de trabalho a partir da qual os recursos humanos e materiais disponíveis à corte não são capazes de processar as informações trazidas. Esse nível pode variar a depender de peculiaridades institucionais e de gestão processual.

²² TRUMAN, 1951; BARKER, 1967; HARPER, ETHERINGTON, 1953.

²³ Nesse sentido, Lee Epstein e Knight comentam: “*simplificando, não temos motivos para suspeitar que juízes, assim como outros americanos, não obtém informações sobre eventos atuais da televisão, rádio e jornais. Na verdade, todas as evidências disponíveis sugerem que os juízes realmente, como diz o ditado, ‘seguem os retornos eleitorais’*” (EPSTEIN, KNIGHT, 1999, p. 220)

²⁴ O termo “opinião pública” é utilizado no estudo no sentido veiculado por Barry Friedman (FRIEDMAN, 2009), relacionado consensos sociais difusos acerca de temas relevantes para a sociedade.

O fato é que não há qualquer julgador que se comporte unicamente de acordo com um desses modelos. Na prática, os Ministros combinam esses comportamentos no momento da atuação, a depender também do agente que requeira o ingresso como *amicus curiae*.

adotada institucionalmente. Isso exige, em algumas situações, que ele altere seu comportamento, inicialmente vinculado unicamente às suas preferências ideológicas, diante das possíveis reações e retaliações dos demais atores institucionais. Nesse último caso, o julgador será mais influenciado pelas posições dos *amici curiae* com maior poder de barganha institucional do que pelas preferências dos demais tipos de participantes.

O fato é que não há qualquer julgador que se comporte unicamente de acordo com um desses modelos²⁵. Na prática, os Ministros combinam esses comportamentos no momento da atuação, a depender também do agente que requeira o ingresso como *amicus curiae*. Por isso, a apresentação de tais modelos não pretende categorizar de forma estanque os julgadores, mas visa apenas a contribuir para o esclarecimento das premissas sob as quais se assentam as suas escolhas²⁶. Mais ainda, dessas premissas exsurtem padrões de atuação estratégica das cortes constitucionais no âmbito da sua relação com a opinião pública e com os demais poderes, o que motiva a forma como ela se utilizará da figura processual do *amicus curiae*.

2.1.2. Padrões de atuação estratégica das cortes constitucionais

A partir dessas premissas, apresentam-se três padrões de comportamento judicial que constituem as hipóteses sobre as quais se assenta o presente estudo para modelar o tratamento da participação dos diferentes *amici curiae* pela Suprema Corte e testá-lo por meio da análise empírica.

2.1.2.1. Legitimidade, apoio difuso e opinião pública

Desde que as cortes constitucionais avocaram para si a suposta prerrogativa de dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição, a sustentação desse papel tem sido calcada em árdua e deli-

²⁵ Tais teorias “podem ser resumidas na concepção de comportamento judicial de Gibson (1983, p. 9), para quem as decisões dos juízes “são uma função do que eles preferem fazer, temperada pelo que eles pensam que devem fazer, mas restringida pelo que eles sentem que é factível fazer” (FERREIRA, BRANCO, 2017, p. 4).

²⁶ “Com base em entrevistas com antigos funcionários da Suprema Corte, Stephen M. Shapiro concluiu que, embora os gabinetes de cada membro lida com os esclarecimentos de *amicus* de forma diferente (por exemplo, alguns juízes leram todos os próprios resumos, enquanto outros juízes pediam aos seus funcionários de leis que resumissem os argumentos feitos em um memorial e outros pedem a seus funcionários que leiam os resumos e encaminhem as passagens-chave)[...] Lee Epstein concluiu que “alguns juízes acham-nos realmente úteis. Outros não. Cada pesquisa mostra que eles têm algum efeito, mas é incrivelmente difícil dizer o que esse impacto é” (tradução livre de MCLAUHLAN, 2005, p. 12)

cada conciliação entre atuação contramajoritária, que lhe serve de fundamento, e alinhamento com a opinião pública²⁷, ou, nos termos do constitucionalismo popular, com a “vontade popular”²⁸. Isso porque, como bem metaforizou Alexander Hamilton²⁹, o Judiciário, como “o poder menos perigoso”, não é capaz de auferir legitimidade nem da espada (poder de violência) nem da chave do cofre (controle do orçamento). Nesse passo, resta à Suprema Corte, no âmbito de suas competências eminentemente políticas³⁰, obter, paradoxalmente, apoio da maioria para que possa atuar contra ela, quando for preciso. Assim a suprema corte vive um eterno dilema: decidir ou não de acordo com a opinião pública?

Eis o que os teóricos que estudam a legitimidade das cortes constitucionais observam. David Easton³¹, já em 1965, estudou os mecanismos utilizados pela Suprema Corte dos Estados Unidos para agregar legitimidade à sua atuação, no sentido de acumular uma reserva de apoio, por meio de uma série de atitudes que auxiliam os membros a aceitar ou tolerar decisões, ainda que, isoladamente, discordem com ela ou que gerem danos às suas pretensões³². Em outros termos, juristas e cientistas políticos norte-americanos reconheceram a necessidade de as cortes constitucionais adquirirem apoio difuso, decidindo de forma majoritária, para expandir sua capacidade de tomar factíveis decisões que desagradem a opinião pública, sem significativos riscos de serem revertidas por outras instâncias democráticas ou desmoralizadas pela sociedade, diminuindo seu capital

²⁷ Repisa-se que, o termo “opinião pública” é utilizado no estudo no sentido veiculado por Barry Friedman (FRIEDMAN, 2009), relacionado consensos sociais difusos acerca de temas relevantes para a sociedade.

²⁸ ACKERMAN, 1991.

²⁹ Um dos “*founding fathers*” da constituição americana.

³⁰ DAHL, 1957.

³¹ EASTON, 1965.

³² Ao assim fazer, o autor acaba por distinguir os conceitos de apoio específico e apoio difuso, o que é explicitado por Tyler e Mitchell (TYLER; MITCHELL, 1994, p. 703-815), no ponto de que aquele é a deferência concedida a decisões específicas enquanto esse constitui a sustentação política conferida de forma ampla à instituição. Nesse âmbito, Gibson, Caldeira e Spence esclarecem que esse conceito de legitimidade não se confundiria com a mera confiança nas instituições, mensurada normalmente pelas pesquisas de opinião pública – nos EUA, chamados de General Social Survey (GSS) –, porquanto essas seriam fortemente influenciadas pela performance imediata da instituição, enquanto a legitimidade estaria mais alinhada à noção acima apresentada de apoio difuso, combinando-se tanto fatores de curto quanto de longo prazo para compor sua base, de modo a construir algo relacionado a uma lealdade popular à instituição (GIBSON; CALDEIRA; SPENCE, 2003; CALDEIRA, 1986, p. 1209-26; MARSHALL, 1989; MONDAK, SMITHEY, 1997; LIPSET; SCHNEIDER, 1987; GROSSKOPF; MONDAK, 1998).

político³³. Isso decorre do fato de que os membros da Suprema Corte têm em mente que a prolação de reiteradas decisões que sejam consideradas inaceitáveis pelas maiorias, aumenta a chance de uso de mecanismos de reação política por parte dos demais poderes³⁴. Nesse sentido, Paul Collins explica:

In essence, two explanations exist for why the justices may be influenced by public opinion. First, because the justices genuinely care about having their decisions overridden, altered, or not enforced by their elected counterparts, they may have an incentive not to stray too far from public opinion (e.g., Epstein & Knight 1998; Stimson, MacKuen, & Erickson 1995). To be sure, the justices only share policymaking authority with the other branches of government. Should they stray too far from public opinion on an issue, it is likely that the legislature may attempt to alter or override their decision or the executive may indifferently enforce the decision. Such a concern could induce the justices to carefully consider public opinion surrounding a case. Second, it has been noted that the justices may be influenced by public opinion to ensure the institutional legitimacy of the Court (e.g., Flemming & Wood 1997; Mishler & Sheehan 1993). With neither the purse nor the sword, the justices must rely on the goodwill of the citizenry to follow its decisions (and the executive to enforce them). Should the justices ignore the views of the public, it is likely that the Court will lose some of its institutional legitimacy and support. In addition, by deciding a case in line with the litigant supported by the largest number of interest groups, the justices may

³³ GROSSKOPF, MONDAK, 1998, p. 67; HOEKSTRA, 2000, p. 89-100.

³⁴ Nesse sentido, Paul Collins explica: *"In essence, two explanations exist for why the justices may be influenced by public opinion. First, because the justices genuinely care about having their decisions overridden, altered, or not enforced by their elected counterparts, they may have an incentive not to stray too far from public opinion (e.g., Epstein & Knight 1998; Stimson, MacKuen, & Erickson 1995). To be sure, the justices only share policymaking authority with the other branches of government. Should they stray too far from public opinion on an issue, it is likely that the legislature may attempt to alter or override their decision or the executive may indifferently enforce the decision. Such a concern could induce the justices to carefully consider public opinion surrounding a case. Second, it has been noted that the justices may be influenced by public opinion to ensure the institutional legitimacy of the Court (e.g., Flemming & Wood 1997; Mishler & Sheehan 1993). With neither the purse nor the sword, the justices must rely on the goodwill of the citizenry to follow its decisions (and the executive to enforce them). Should the justices ignore the views of the public, it is likely that the Court will lose some of its institutional legitimacy and support. In addition, by deciding a case in line with the litigant supported by the largest number of interest groups, the justices may not only be influenced by interest group opinion on an issue, but may in turn use this in an attempt to shape public opinion themselves. In this sense, just as Chief Justice Marshall used news- paper space to respond to his critics (Beveridge 1947), the justices may use interest group opinion on an issue to reassure the public that the Court is responsive to its demands"* (COLLINS JR., 2004, pp. 812-813).

not only be influenced by interest group opinion on an issue, but may in turn use this in an attempt to shape public opinion themselves. In this sense, just as Chief Justice Marshall used news- paper space to respond to his critics (Beveridge 1947), the justices may use interest group opinion on an issue to reassure the public that the Court is responsive to its demands³⁵.

Nessa senda, o alinhamento com a opinião pública não só garante condições para que a corte constitucional desempenhe suas funções contramajoritárias, mas também sobreleva o espaço de poder da corte com relação aos demais poderes, visto que se impõe maior custo político para o não cumprimento de decisões judiciais que agradem a maioria, ou, ainda que não seja o caso, que provenham de instituição com alto grau de apoio difuso. Na situação, nem a espada nem a chave do cofre passam a ser suficientes para reverter a “vontade do povo”, cuja voz a corte propugna veicular. Por isso, receber influxos do que agrada a opinião pública é de grande valia para a corte³⁶.

Trata-se, em termos metafóricos, de uma cota de decisões contramajoritárias que somente pode ser elevada pela combinação entre tomada de decisões majoritárias e manutenção de aparência de neutralidade política. Nesse sentido, a circunstância de haver forte apoio popular difuso à independência judicial revela que os juízes podem se utilizar desse apoio para adequar o comportamento dos demais poderes a visões populares majoritárias ou para atuar de forma efetivamente contramajoritária.

Autor de expressiva parcela dessas conclusões, Barry Friedman, um dos principais teóricos que analisou a relação da Suprema Corte com a opinião pública, reconhece, em seu livro *“the will of the people”*³⁷, uma relação “matrimonial” entre a corte e o povo, que tem o condão de passar por cima da tradicional representatividade das instâncias

³⁵ COLLINS JR., 2004, pp. 812-813.

³⁶ Tanto é que o Ministro Luiz Fux, nas audiências públicas acerca das queimadas em canaviais, externou sua posição de que esse instrumento de abertura procedimental: *“permit[e] que o cidadão (...) contribua para que uma solução judicial seja legitimada democraticamente, porque o grande trunfo de uma decisão da Suprema Corte é obter a confiança do povo. Essa é a grande arma do Judiciário: a confiança do povo”*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GtNGR1zhEyc&list=PLippyY19Z47vSUdzoXYw4mNEclHMKVaa>. Acesso em 20/5/2020.

³⁷ FRIEDMAN, 2009.

eleitas, desde que a reversão das decisões dessas instâncias não se afaste demasiadamente da vontade do povo. Defende que o amadurecimento dessa relação permitiu que a corte encontrasse meio alternativo de se mostrar responsiva, tornando-se cada vez mais habilidosa em reverter situações em que essa relação resta estremecida. Conclui, ao final, aduzindo que a “coleira” da corte se mede pelo nível de apoio difuso que ela acumulou até aquele momento.

Nesse contexto é que se insere o *amicus curiae*, porquanto esse instituto constitui um dos veículos mais eficazes para (i) transmissão de dados a respeito de como se posiciona em determinado assunto a opinião pública e para (ii) obtenção de apoio difuso. Contudo, consoante já se derivou do modelo de grupos de interesse e reconhecendo-se que diferentes tipos de *amicus curiae* conferem diferentes acréscimos de apoio da opinião pública, a corte tende a ser mais atenciosa com aqueles participantes com maior alcance e representatividade social e se dedique mais em propagar e enaltecer a sua participação, porquanto são capazes de conferir maior legitimidade e apoio difuso à corte³⁸.

Essa representatividade não é medida somente em termos de número de representados, mas também por intermédio de temas que mais atraem a atenção do público que consome informações acerca da Suprema Corte, destacando-se as controvérsias morais e políticas juridicizadas. Nesse âmbito, o discurso de defesa de minorias e correntes ideológicas aumenta a visibilidade para com a parte da população a quem importa a suprema corte agradar, a qual, por nem sempre constituírem as minorias defendidas, não se importam necessariamente com o efetivo êxito das diferentes correntes ideológicas minoritárias em concorrência na decisão final. Portanto, importa que as posições desses grupos de maior representatividade tenham lugar de destaque na “vitrine democrática” da Suprema Corte, ampliando, ainda, a sensação social de que essa instituição se encontra fortalecida por mecanismos democráticos.

Diante do exposto, o arcabouço teórico ora agregado permite observar o padrão de que as cortes constitucionais têm maior tendência a divulgar a participação, pela via do *amicus curiae*, de grupos sociais

³⁸ Isso porque o fato de haver representados desse *amicus* em diversos espectros da sociedade permite que o alcance do discurso de sintonia e cuidado com seus direitos seja maior.

que possuam maior representatividade social, em vistas do mais amplo apoio difuso que ela obtém com essa estratégia, o que tende a ser feito pela citação nos votos.

2.1.2.2. *Interação estratégica entre atores institucionais*

Além da atuação estratégica para obter de forma mais eficiente legitimidade e apoio difuso, a corte ainda se insere em arena estratégica quando disputa por espaço de poder e pelo prevalectimento de sua interpretação constitucional com os demais poderes e agentes institucionais, como bem diagnosticou Robert Dahl já em 1957³⁹ e mais contemporaneamente Richard Pildes⁴⁰, ao questionarem a função contramajoritária das cortes constitucionais na prática.

Essas cortes também já entenderam, há tempos, que a intransigente atuação contramajoritária, desagradando recorrentemente as demais instâncias de poder, é fator capaz de reduzir veementemente sua expectativa de existência, razão porque não é racional que seus membros temem decisões sempre de modo isolado, sem considerar e ponderar as posições das demais instâncias de poder. Veja-se o caso da resistência das cortes contra as políticas do *New Deal*. Tais experiências só provam que a espada e a chave do cofre podem efetivamente ameaçar a suposta competência constitucional das cortes de dizer a última palavra acerca da constituição, ainda que apoiada pela opinião pública⁴¹.

Como já antecipado pelo modelo atitudinal estratégico, o Judiciário precisa considerar a posição dos demais poderes e atores institucionais para que não seja diluída a factibilidade de suas decisões⁴² e para maximizar a chance de sua visão ideológica ser adotada institucionalmente. Nesse sentido, a teoria do equilíbrio, de William Eskridge⁴³, reconhece que a separação dos poderes é um jogo que faz com que os poderes tenham que abrir mão, em certa medida, de suas preferências iniciais para que a interpretação final (ou provisória) se aproxime no maior nível possível de sua posição ideológica, diante das possíveis reações e retaliações dos demais atores institucionais. Assim, há uma tendência para o alinhamen-

³⁹ DAHL, 1957.

⁴⁰ PILDES, 2011.

⁴¹ MENDES, 2011.

⁴² Refere-se, inclusive, ao perigo do *legislative override* (BAKER, 2010).

⁴³ ESKRIDGE JR, 1991.

O aspecto argumentativo e informacional que o *amicus curiae* agrega é, conforme já explicitado, mais valorizado por julgadores que se comportem de forma mais aproximada com o modelo legal convencional.

to e sincronização entre preferências de atores institucionais para estabelecimento de visões coletivistas sobre a relação Estado-indivíduo, em um sofisticado diálogo para a construção de entendimentos constitucionais⁴⁴.

É justamente nesse contexto que o *amicus curiae*, para além de outros mecanismos processuais, é veículo pelo qual se transmite a posição desses atores, para que a corte realize os devidos cálculos acerca da melhor decisão a ser tomada, dentro do espectro decisório do caso, sobretudo nas hipóteses de transferência do poder decisório de questões políticas cruciais às cortes⁴⁵. Diminui-se, por esse instituto, a assimetria de informações das posições dos demais órgãos institucionais.

Diante dessas percepções, e considerando-se a teoria da barganha, mais disseminada por John Elster⁴⁶ no âmbito do direito, os membros da corte tendem a utilizar o *amicus curiae* como meio de conhecimento das posições dos outros atores políticos, desde que esse possua suficiente poder de barganha institucional. Caso contrário, não vale a pena se deixar influenciar por posições exaradas por atores que não possuem considerável factibilidade de ameaçar a realização de suas preferências interpretativas. Formula-se, a partir desse arcabouço teórico, a hipótese de que os *amici curiae* com maior poder de barganha institucional tendem a influenciar em maior medida a decisão final da Suprema Corte.

2.1.2.3. Assimetria de informação e credibilidade argumentativa e informacional

O aspecto argumentativo e informacional que o *amicus curiae* agrega é, conforme já explicitado, mais valorizado por julgadores que se comportem de forma mais aproximada com o modelo legal convencional. Apesar de não ser possível determinar que a corte adote um ou outro modelo de comportamento judicial, o fato é que em alguma medida os fundamentos desse modelo legal são levados em conta pelos ministros do STF no momento da decisão,

⁴⁴ MENDES, 2011. GARGARELLA, 2014. Diego Werneck Arguelhes apontou para o aumento do número de ministros dispostos a conversar com o governo antes de tomar decisões, fenômeno que é acompanhado do aumento do exercício seu poder individual, por meio de decisões monocráticas e pedidos de vista (ARGUELHES, 2017).

⁴⁵ HIRSCHL, 2008, pp. 124-129.

⁴⁶ ELSTER, 1991.

o que também representa o nível em que se empenham na concretização da função de ampliação da cognição do juízo prevista para o *amicus curiae*.

De todo modo, existe empecilho prático à consideração de todos os argumentos e informações trazidos à jurisdição constitucional pelos ministros. Em se considerando a situação atual do Supremo Tribunal Federal⁴⁷, pode-se admitir que a corte atua, em geral, em circunstâncias bem próximas do nível crítico de trabalho descrito na seção 2.1.1.1., ou até além dele. Por consequência, é proveitoso aos seus membros qualquer meio de redução de assimetrias de informação que sinalize, antes da leitura dos memoriais, se o *amicus curiae* trará ou não argumentos novos e relevantes para a resolução da controvérsia. Em outras palavras, como não é faticamente possível, diante da elevada carga de trabalho, que os ministros leiam todas as contribuições trazidas pelos *amici curiae*, é útil qualquer informação que antecipe para eles que valerá a pena a leitura do memorial, diante da relevância dos argumentos e informações apresentados.

Uma forma de sinalização existente é a reputação argumentativa ou técnica do *amicus curiae* que apresenta memoriais, que varia com os diferentes tipos desse participante. Assim, quando se confrontam com um memorial de *amicus curiae* que possui melhor reputação, os julgadores ficam mais propícios a se dedicarem à leitura das respectivas contribuições, se comparado com os memoriais dos demais participantes, inclusive porque muitos dos *amici* apresentam suas razões em momento posterior ao pedido de ingresso no feito.

Nesse âmbito, em razão da assimetria de informação e da escassez de mecanismos mais acurados de sinalização, reduz-se a probabilidade de que sejam considerados argumentos e informações de *amici curiae* de tipos que tradicionalmente não possuem boa reputação argumentativa, o que acaba por desincentivá-los a dispender esforço na produção de bons argumentos e informações, reafirmando as diferenças entre essas espécies de amigos da corte. Enfim, quanto maior a credibilidade argumentativa maior será a probabilidade de que as informações e argumentos aduzidos sejam ponderados e influenciem a decisão final.

⁴⁷ Dados do Justiça em Números ou Supremo em Números.

2.2.O que incentiva os diferentes tipos de *amicus curiae* na prática?

A viabilidade da verificação dos três padrões acima apresentados depende da aceitação por parte dos *amici curiae* com relação às repercussões desses padrões para seus objetivos com a participação. Isso porque, se esses agentes restarem insatisfeitos com a forma que a corte se utiliza do instrumento de abertura procedimental, eles tenderão a pressionar por alterações nesse formato, até que seja encontrado novo equilíbrio⁴⁸ na relação. Assim, também aqui é preciso que esse padrão não somente seja a melhor resposta para a corte constitucional, mas também para os atores que ingressam nas ações como *amicus curiae*, não possuindo, portanto, incentivos para desviar seu comportamento. Com vistas a verificar se isso efetivamente ocorre, investigam-se, na seção seguinte, os incentivos que incidem sobre os *amici curiae* e que motivam sua participação.

O presente estudo assenta a hipótese de que há duas motivações principais para a participação de um agente como *amicus curiae*: (i) influenciar a decisão final, ou (ii) agregar legitimação para com a base. O primeiro fator que motiva os *amici curiae* a participarem do processo é a expectativa de que sua atuação terá probabilidade não nula de influenciar a decisão na jurisdição constitucional no sentido da obtenção de interpretação favorável, cuja obrigatoriedade lhe trará benefícios ou evitará prejuízos. No caso, a influência na decisão final pode ser obtida pela mera entrada no processo – beneficiando-se de seu poder de barganha institucional ou outra característica que lhe seja intrínseca – ou pela produção de argumentos e informações consistentes e úteis para a resolução da controvérsia constitucional. Com a mera entrada no processo, acredita-se que somente a exposição de sua posição já tem condão de influenciar a decisão final⁴⁹.

⁴⁸ A situação de equilíbrio ora adotada é aquela descrita pela teoria dos jogos, em que ambos os agentes estão agindo da forma que lhe traz mais satisfação – nos termos da teoria, estão jogando sua melhor resposta –, razão pela qual não há incentivos à desvios desse comportamento.

⁴⁹ “Os autointitulados amigos da corte buscam oferecer suas orientações com os mesmos objetivos e motivação que impulsionam os lobistas no processo legislativo. Nesse sentido, seriam raras as vezes em que os memoriais trazem [sic] insights ou argumentos que já não estavam presentes no processo. Nessas situações peculiares, nada impede que o *amicus curiae* ofereça seus argumentos diretamente para as partes do processo que pretendem apoiar. O verdadeiro objetivo de um memorial de *amicus curiae* seria influenciar politicamente o julgamento, dando sinais de posições ideológicas a partir de qual lado do processo está sendo apoiado” (MEDINA, 2010, p. 44, grifos acrescidos).

Já no caso da influência pela via argumentativa, a disposição de o *amicus curiae* se esforçar na produção de bons argumentos e informações irá depender do nível em que a corte considera e valoriza essa qualidade argumentativa – o quanto se pauta pelo padrão de comportamento do modelo legal convencional –; do custo de produção ou contratação de memoriais com qualidade técnica e jurídica e da credibilidade argumentativa que sabidamente detém. Por outro lado, o amigo da corte pode obter benefícios pela simples entrada no processo da jurisdição constitucional, em decorrência tanto (i) da exposição do seu posicionamento no caso quanto (ii) da legitimação que obtém ao “mostrar serviço” para sua “base”, ainda que não tenham o interesse precípuo de aumentar a probabilidade de julgamento favorável da causa⁵⁰.

Com o objetivo de confrontar os padrões que a corte tenderá a agir, segundo hipóteses ora estabelecidas, com as motivações dos *amici curiae* acima apresentadas, dividem-se esses participantes com base em três aspectos principais que influenciam os referidos padrões, para a análise dessa interação: (i) a sua representatividade social, (ii) seu poder de barganha institucional e (iii) sua credibilidade argumentativa e informacional.

Dessas características, constituem-se três subespécies de *amicus curiae* para análise: (i) corporativos; (ii) governamentais; e (ii) representantes da sociedade civil.

As características comuns a cada um desses subgrupos serão descritas a seguir, explicitando-se ainda se a sua motivação predominante para ingresso como *amicus curiae*.

Os *amici curiae* corporativos são compostos por grupos que defendem interesses particularistas e de classe. Em geral, constituem-se no formato de sindicatos, confederações, federações, conselhos de classe ou associações, em que são designados representantes para tomar decisões cruciais acerca do rumo de atuação do grupo,

⁵⁰ “Além disso, pode haver outros motivos além da vitória no caso em apreço que propõem os grupos a apresentar memoriais de *amicus curiae*. Por exemplo, o grupo pode esperar convencer seus membros de que eles estão “lutando a boa luta”, mesmo que eles esperem perder, ou, antecipando que o Tribunal apoiará sua política, eles podem estar em condições de obter crédito. O grupo pode estar tentando gerar publicidade sobre um caso que ajudará a mobilizar a opinião pública; o grupo pode esperar ajudar a moldar a política judiciária a longo prazo; ou o grupo pode querer influenciar o conteúdo ou moldar o argumento na opinião, mesmo se ele sabe que terá pouco impacto no resultado geral do caso” (HARPER, 1953, p. 1170, tradução livre).

inclusive quanto ao ingresso ou não em ações constitucionais no âmbito do STF. Apesar de seu alto nível de organização e capacidade de canalização de demandas, tais grupos não possuem representatividade ampla e difusa na sociedade, como, por exemplo, no caso de representantes de correntes ideológicas e minorias. Sua representatividade social é clara e restrita à classe a que busca beneficiar, por isso pode-se considerar que esse tipo de *amicus curiae* possui baixa representatividade social⁵¹.

Esses *amici curiae* também possuem, na maioria das vezes, baixo poder de barganha institucional, porque, apesar de serem eficientes na obtenção de seus pleitos no Legislativo, por força de sua organização e coesão, não conseguem carrear amplo apoio político e institucional, capaz de fazer a corte entender como factível que sua decisão seja facilmente revertida em outras instâncias democráticas.

Enfim, postula-se que esse tipo de *amicus curiae* possui baixa credibilidade argumentativa e informacional, por duas razões. A primeira relaciona-se à presunção de atuação interessada que os *amici curiae* privados – sobretudo os corporativos – possuem⁵². Assim, uma informação viesada pode ser considerada inútil à resolução isenta da controvérsia⁵³. Segundo, os grupos corporativos atuam em geral sob o sistema acima descrito de legitimação para a base, ingressando em arenas políticas para marcar posição, mas principalmente, para que os sindicatos, federações, confederações e associações se legitimem perante seus representados. Por esse motivo, não é indispensável que eles efetivamente influenciem a decisão final da corte com bons argumentos e informações, basta para eles entrar e mostrar que estão atuando em prol dos direitos e benefícios da classe. Não haveria, portanto, grandes incentivos para o esforço na produção de argumentos e informações relevantes.

⁵¹ Sua luta não se prende, em geral, a questões morais e políticas relevantes, mas a consolidar e expandir benefícios e vantagens, direta ou indiretamente econômicos, para seus membros, em caráter excludente com relação aos interesses dos demais grupos, justamente em razão do aspecto econômico dessas demandas. Daí decorre o fato de que o atendimento de seus pleitos implica custo político adicional para o julgador, em vistas de que a sua decisão trará efeitos negativos para outros grupos sociais ou até para a sociedade como um todo. Por todos esses motivos, a divulgação da sua participação nos votos não tem representativo condão de ampliar o apoio difuso da corte.

⁵² KRISLOV, 1963.

⁵³ Sem contar com a tendência, diagnosticada por Paul Collins, de repetição de argumentos das partes que defende. Tanto assim o é que as supremas cortes norte-americanas estabeleceram norma procedimental proibindo que os *amici curiae* privados repetissem argumentos e informações já trazidos pelas partes e por outros *amici curiae* (COLLINS, 2012).

Com baixos níveis de representatividade social, poder de barganha institucional e credibilidade argumentativa e informacional e considerando os padrões de comportamento da suprema corte ora traçados, os seus membros tendem a não citar esses *amici curiae* nos respectivos votos e suas posições não têm grandes chances de influenciar a decisão final. Se não são citados nem considerados, por que pedem para entrar então? Observe-se que o objetivo de legitimação para base não exige nem a citação no voto, nem a efetiva influência, mas somente que o grupo conste entre os que participaram do debate. Estando as duas partes satisfeitas com a funcionalidade dada ao *amicus curiae* no caso, reconhece-se, pois, o equilíbrio dessa interação, sem tendências a desvios.

Já os *amici curiae* governamentais são assim considerados os entes, órgãos, entidades ou agentes públicos que ingressam nas ações constitucionais sob essa condição e, conforme se fundamentará a seguir, possuem baixa representatividade social – não possuem a função de representar parcelas e grupos da sociedade, mas sim os objetivos do seu órgão⁵⁴ –, alto poder de barganha institucional – atores políticos com representativo peso político no âmbito das relações republicanas e federativas – por serem atores políticos com representativo peso político no âmbito das relações republicanas e federativas –, e alta credibilidade argumentativa e informacional – diante da expectativa de neutralidade que envolve a sua função institucional e da percepção de que certos órgãos, entidades ou agentes públicos que ingressam no processo constitucional como *amicus curiae*, o fazem, por vezes, na condição de especialistas técnicos, como, por exemplo, no caso do BACEN, para esclarecer peculiaridades da economia bancária e monetária, ou do CADE, para discorrer sobre direito concorrencial.

Ante a tais ponderações e assertivas, conclui-se que os *amici curiae* governamentais tendem a não ser citados nos votos dos ministros do STF, mas devem influenciar suas decisões finais, em vistas de seu maior poder de barganha institucional e/ou maior credibilidade argumentativa e informacional. Mesmo não havendo tendência de que sejam citados, esse tipo de *amicus curiae* tem incentivos para entrar, porquanto não precisam desse mecanismo para obter legi-

⁵⁴ Exceção disso são órgãos que possuem entre suas funções institucionais a representação judicial em defesa de direitos de grupos específicos, tal como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

timidade. Desejam, de fato, influenciar a decisão final, o que tende a se realizar, consoante previsões do presente estudo, seja pela via argumentativa, seja pela via política.

Por fim, os *amici curiae* do tipo representantes da sociedade civil veiculam pretensões de determinadas correntes ideológicas que se encontram difusas na sociedade⁵⁵, razão por que possuem alta representatividade social. De todo modo, a característica difusa dos representados diminui a capacidade de organização suficiente para mobilizar outras instâncias decisórias para que essas revertam as posições alcançadas pela Suprema Corte, reduzindo, pois, seu poder de barganha institucional⁵⁶. Não há clareza quanto à sua credibilidade argumentativa e informacional, variando internamente nessa espécie.

Da descrição se conclui igualmente pelo equilíbrio dessa relação, na qual a corte auferir benefício em expandir seu apoio difuso enquanto esses *amici curiae* obtêm vantagem da exposição de sua posição na vigiada vitrine democrática da Suprema Corte, não possuindo incentivos para ir de encontro ao padrão de citação e não influência na decisão final.

As últimas seções demonstraram três padrões de tratamento diferenciados e estáveis para cada tipo de *amicus curiae*:

- 1) o *amicus curiae* representante da sociedade civil é citado, mas não influencia na decisão final;
- 2) o *amicus curiae* governamental não é citado, mas influencia na decisão final; e
- 3) o *amicus curiae* corporativo não é citado nem influencia na decisão final.

Tais padrões serão testados no capítulo 3, por meio de análise econométrica, para verificar a veracidade das premissas adotadas nesse estudo.

⁵⁵ Representados por partidos políticos, institutos, ONGs, centros acadêmicos, fundações de defesa de direitos humanos, de minorias e outros interesses difusos e coletivos.

⁵⁶ Na prática, poucos desses grupos, ao saírem perdedores nas disputas pela interpretação constitucional no âmbito do STF, mobilizam relevantes esforços para reverter essa decisão. Há incentivos à entrada justamente para mostrar a posição do grupo na “vitrine democrática”, em arena de amplo alcance social e de forte apelo para aqueles a quem visa representar. Só a citação já realiza esse escopo. Além disso, tais atores têm em mente que, em debates morais de significativa controvérsia social – que Jeremy Waldron denomina de “desacordos morais razoáveis” –, vencer nem sempre é esperado, sendo importante apenas marcar sua posição ideológica (WALDRON, 2005).

A presente análise empírica visa a investigar se o STF, na prática do controle concentrado de constitucionalidade, efetivamente confere tratamento distinto para diferentes tipos de *amicus curiae*, com relação (i) ao nível em que citam seus argumentos nos votos e (ii) na medida em que são influenciados por suas posições, consoante padrões iterativos obtidos da análise estratégica.

3. ANÁLISE EMPÍRICA DO *AMICUS CURIAE*

Nessa seção, apresenta-se a metodologia utilizada na análise empírica e seus respectivos resultados.

3.1. Metodologia

Consoante delineado na seção 1, a imprecisão quanto à forma que o *amicus curiae* deve ser tratado pela corte segundo limites legais e jurisprudenciais, abre aos seus membros ampla margem de interação com esses participantes, podendo variar, ainda, de acordo com peculiaridades e características específicas de cada *amicus curiae*. Assim, a presente análise empírica visa a investigar se o STF, na prática do controle concentrado de constitucionalidade, efetivamente confere tratamento distinto para diferentes tipos de *amicus curiae*, com relação (i) ao nível em que citam seus argumentos nos votos e (ii) na medida em que são influenciados por suas posições, consoante padrões iterativos obtidos da análise estratégica.

Com o objetivo de testar se esses padrões traçados pela análise teórica de fato se verificam no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF, foram coletadas informações acerca de todas as ações nesse âmbito em que houve o ingresso de ao menos um *amicus curiae* e que já havia, de 01/01/1990 até 20/07/2017, sido proferida decisão⁵⁷ e disponibilizada no sítio eletrônico do STF^{58,59}. Delimitou-se a análise ao controle concentrado de constitu-

⁵⁷ Ressalta-se que o banco de dados produzido inclui apenas ações em que já houve ao menos decisão cautelar, porquanto somente nessas é possível a obtenção de informações acerca da citação ou não nos votos dos argumentos e posições dos *amici curiae* e da decisão final da corte. Desse modo, deixa-se de analisar, tal como foi feito por Medina, os processos em que não houve decisão de mérito, em que a ação não foi admitida por qualquer circunstância. Esclarece-se, no ponto, que ações em que havia decisão de mérito e cautelar, consideraram-se duas observações diferentes, uma vez que constituem análises divisíveis, com relação à citação e à influência na decisão final.

⁵⁸ Desse universo, tiveram que ser excluídas do banco de dados 27 ações, em razão de o site do STF, à época da última atualização dos dados antes da análise econométrica (20/07/2017), não ter disponibilizado os acórdãos. Outra limitação do estudo é a indisponibilidade de peças como votos, memoriais de *amici curiae* e manifestação do Procurador-Geral da República em algumas das ações, as quais foram excluídas da análise, exceto se a falta do memorial ainda assim permitisse, por outro modo, descobrir se era favorável ou desfavorável ao peticionário.

⁵⁹ A primeira etapa do processo de coleta de dados se deu de forma automatizada, por meio do uso de SQL. Em primeiro lugar, foram baixados todos os andamentos e características processuais dos processos de ações objetivas com decisão (nos quais consta documento na aba “jurisprudência”), para identificar todas as ações, exceto aquelas em que se decidiam questão de ordem, em que havia no cabeçalho do andamento processual a identificação de ao menos um “*amicus curiae*” ou “intdo” (alguns dos *amici curiae* são classificados no site do STF como interessados, por imprecisão terminológica). Em razão dessa imprecisão quanto à natureza do interessado (“intdo”), foi realizada uma triagem manual de quais dos interessados seriam efetivamente *amicus curiae*, analisando se havia petição de ingresso de AC e/ou despacho admitindo no feito. Em seguida, foram baixadas todas as peças dos processos, dentre as quais somente foram analisadas (i) petições e memoriais de *amicus curiae*, (ii) manifestações do Procurador Geral da República e (iii) acórdãos (decisões cautelares ou de mérito).

cionalidade em razão de (i) a análise até o momento desenvolvida focar-se na participação do *amicus curiae* nesse âmbito, (ii) de essa figura processual ter sido inicialmente estabelecida no ordenamento jurídico para processos objetivos e (iii) do maior número de ações com *amicus curiae* de natureza abstrata com relação às de controle concreto, segundo dados obtidos em estudo anterior⁶⁰.

Os *amici curiae* identificados foram classificados entre os três subgrupos acima descritos, acrescentando também o subgrupo servidores públicos⁶¹, para os quais foram assentadas as características obtidas pela análise estratégica, sendo que se definiu que os servidores públicos possuíam baixa representatividade social⁶², alto poder de barganha institucional⁶³ e indefinida credibilidade na provisão de informações e argumentos jurídicos úteis⁶⁴. Após a classificação, identificou-se se o *amicus curiae* era favorável ou desfavorável ao pedido do peticionário.

Diante das características descritas acima para cada subgrupo e dos pressupostos teóricos estabelecidos no capítulo 2, formularam-se as seguintes hipóteses:

Hipótese 1: o *amicus curiae* do tipo representante da sociedade civil tem maior chance de ser citado nos votos dos ministros do STF.

Hipótese 2: o *amicus curiae* do tipo governamental tem maior chance de influenciar a decisão final do STF.

Hipótese 3: a citação das contribuições desse participante no voto não aumenta a sua chance de influenciar a decisão final.

⁶⁰ FERREIRA, BRANCO, 2017, p. 175.

⁶¹ O acréscimo do novo subgrupo servidores públicos se deve ao fato de ter se identificado na coleta de dados do estudo anterior considerável número de ações que tratavam sobre questões do funcionalismo público, nas quais a participação de *amici curiae* era realizada, em sua maioria, por esse tipo de atores. Pretendeu-se, assim, verificar se haveria algum padrão diferenciado de resultados para esse grupo de participantes. Foram considerados *amicus curiae* cooperativos confederações, sindicatos e associações de classe ou de determinado setor econômico, profissional, exceto servidores públicos. Os *amici curiae* servidores públicos são as associações, sindicatos e demais grupos de servidores públicos que se agregam juridicamente para pleitear questões do interesse da categoria ou questões institucionais que possam, ainda que indiretamente lhe prejudicar. Em agentes e órgãos públicos foram incluídas todas as pessoas jurídicas de direito público, seja ente público – tal como Estados e Municípios –, seja órgãos ou entidades integrantes desses entes. Enfim, foram considerados *amicus curiae* representante da sociedade civil todas aquelas aglomerações sociais que representam grupo de indivíduos com certas características relativamente homogêneas, ainda que difusas, sendo incluídos os partidos políticos, por, ao menos em tese, veicularem correntes ideológicas da sociedade.

⁶² Os servidores públicos representam parcela muito restrita da sociedade.

⁶³ O alto poder de barganha também derivaria da natureza pública de suas carreiras.

⁶⁴ Não foi identificada homogeneidade quanto a esse parâmetro.

Para testar essas hipóteses empiricamente, foram realizadas duas análises econométricas a partir da base de dados construída. A primeira consiste em testar quais tipos de *amicus curiae* aumentam a chance de os ministros citarem seus argumentos e posições nos votos. A segunda análise destina-se tanto a verificar quais dos tipos de *amicus curiae* acima apresentados têm maior chance de influenciar a decisão final quanto testar a terceira hipótese acima apresentada⁶⁵.

Com base na literatura sobre o tema⁶⁶, adotou-se modelo de regressão logística, realizando ainda diversos métodos e testes estatísticos destinados a escolher o modelo mais adequado⁶⁷ e a verificar a multicolineariedade⁶⁸ e consistência estatística⁶⁹ das variáveis. Em breve explicação, a regressão logística permite que se preveja em quanto varia a chance de um dado resultado ocorrer por uma razão específica⁷⁰: no caso, busca-se prever em quanto se altera a chance de haver citação no voto ou de a ação ser julgada procedente ou improcedente (variável dependente) em função da participação de *amicus curiae* de diferentes tipos (variável independente).

⁶⁵ Apesar de a coleta de dados, a escolha das variáveis e da intuição dos modelos ter sido realizada pela autora, as análises jurimétricas foram procedidas por empresa de consultoria estatística (ESTAT Consultoria Estatística – <http://www.estatconsultoria.org>), com o objetivo de que os métodos estatísticos aplicados contribuíssem para o aprimoramento dos resultados encontrados.

⁶⁶ EPSTEIN, ROWLAND, 1991; SONGER, SHEEHAN, 1993. Uma das razões do uso desse modelo é que ele permite isolar os efeitos da participação do *amicus curiae*, controlando por outras variáveis que reconhecidamente influenciam a decisão final.

⁶⁷ Em primeiro lugar, utilizaram-se os métodos de seleção de variáveis *forward*, *backward* e *stepwise*, selecionando os modelos que convergiram e que não apresentaram apenas o intercepto. Em seguida, para decidir o modelo mais adequado entre os selecionados, observaram-se os critérios AIC, SC e da log verossimilhança, o teste de Hosmer e Lemeshow, a curva ROC de cada um dos modelos, e as medidas DFbeta e Leverage, conforme descrito nos itens 5.2 e 5.3 do anexo 1.

⁶⁸ Em ambas as análises foram procedidos os testes de Kruskal-Wallis, Qui-Quadrado e Fisher, para verificar indícios de multicolineariedade entre as variáveis explicativas dos modelos dois a dois. Nas duas situações, apesar de haver associações com p-valor inferior a 0,05, não se considerou a existência de multicolineariedade, em razão do pequeno número de amostras, consoante explicitado na seção 5.1 do anexo 1.

⁶⁹ A consistência estatística é uma forma de medida baseada na correlação entre diferentes itens no mesmo teste (ou entre as mesmas subescalas em um teste mais longo). Ela mede se os diversos itens que se propõe a medir o mesmo construto geral produzem resultados semelhantes.

⁷⁰ Em termos técnicos, A regressão logística é uma técnica estatística que tem como objetivo produzir, a partir de um conjunto de observações, um modelo que permita a predição de valores tomados por uma variável categórica, frequentemente binária, a partir de uma série de variáveis explicativas contínuas e/ou binárias.

Na primeira análise, a variável dependente⁷¹ é aquela que informa se o *amicus curiae* foi citado ou não no voto (variável “cita no voto”) enquanto as variáveis independentes⁷² são: número de *amicus curiae* favoráveis corporativos, número de *amicus curiae* desfavoráveis corporativos, número de *amicus curiae* favoráveis servidores públicos, número de *amicus curiae* desfavoráveis servidores públicos, número de *amicus curiae* favoráveis governamentais, número de *amicus curiae* desfavoráveis governamentais, número de *amicus curiae* favoráveis representantes da sociedade civil e número de *amicus curiae* desfavoráveis representantes da sociedade civil. Com base na literatura apresentada, foram incluídas as seguintes variáveis de controle⁷³: tipo de requerente⁷⁴, relator⁷⁵, posição do Procurador-Geral da República, tempo de tramitação⁷⁶, mérito/cautelar, composição da corte.

Já na segunda análise, o resultado da ação constitui a variável dependente enquanto as mesmas variáveis do modelo anterior, além da “cita no voto”, constituem as variáveis independentes. Adotam-se os mesmos controles, mas sob outros fundamentos: os diferentes tipos de requerentes podem possuir distintos recursos institucionais para litigar no STF, como postulou Collins; o relator pode ser decisivo para determinar o resultado de uma ação do STF, inclinando-se a corte no sentido das suas preferências; a posição do Procurador-Geral da Re-

⁷¹ Uma variável dependente representa uma grandeza cujo valor depende de como a variável independente é manipulada.

⁷² É aquela que é fator determinante para que ocorra um determinado resultado; é a condição ou causa para um determinado efeito ou consequência; é o estímulo que condiciona uma resposta.

⁷³ É aquele fator ou propriedade que poderia afetar a variável dependente, mas que é neutralizado ou anulado, através de sua manipulação deliberada, para não interferir na relação entre a variável independente e a dependente.

⁷⁴ Os diferentes tipos de requerente, classificados com base no rol do artigo 103 da Constituição Federal, trazem discussões distintas à corte, podendo, algum deles trazer casos mais voltados a questões morais relevantes, as quais, consoante descrito na análise estratégica, podem fazer com que a corte tenha mais cuidado na citação de todos os participantes, diante da maior visibilidade pública desse processo.

⁷⁵ O relator, o qual, em geral, profere o voto vencedor da corte pode ter diferentes convicções pessoais acerca da funcionalidade do *amicus curiae* e da oportunidade de citá-lo, o que também pode influenciar essa variável. Sob a mesma lógica, a composição da corte pode determinar, agora no agregado, essas convicções dos ministros, levando-os a citar mais ou menos os *amici curiae*.

⁷⁶ O tempo de tramitação pode influenciar a citação no voto, visto que existe a possibilidade que em processos decididos muito rapidamente não haja tempo suficiente para ler e considerar todas as contribuições dos *amici curiae*. No mesmo sentido, decisões de mérito tendem a citar mais elementos trazidos por esses participantes do que as decisões cautelares, em razão da natureza perfunctória dessas últimas.

O primeiro e principal resultado da análise da citação das contribuições dos amici curiae é o de que para cada *amicus curiae* representante da sociedade civil que participe do processo de controle concentrado de constitucionalidade do STF em desfavor do petionário eleva-se entre 15,0% e 67,7% a chance de que haja citação das contribuições dos *amici curiae* no voto, mantendo as demais variáveis constantes.

pública⁷⁷, tende a ter grande poder de determinar o resultado final; esse resultado também pode variar com o fato de a decisão ser de mérito ou cautelar e com a composição da corte.

Aplicaram-se os métodos de seleção variáveis *foward*, *backward* e *stepwise*, com vistas a identificar quais as variáveis acima apresentadas são influentes para cada um dos dois modelos. Ao assim fazer, verificou-se quanto cada variável independente efetivamente explica a variável dependente⁷⁸, selecionando-se modelos em que as variáveis são mais influentes.

Apresentam-se, em seguida, os resultados obtidos pela análise empírica, sendo que as especificidades estatísticas desses resultados e dos procedimentos para chegar a eles encontram-se no apêndice desse artigo.

3.2. Resultados

O primeiro e principal resultado da análise da citação das contribuições dos *amici curiae* é o de que para cada *amicus curiae* representante da sociedade civil que participe do processo de controle concentrado de constitucionalidade do STF em desfavor do petionário eleva-se entre 15,0% e 67,7%⁷⁹ a chance de que haja citação das contribuições dos *amici curiae* no voto, mantendo as demais variáveis constantes. Esse resultado confirma a hipótese 1, visto que, entre todos os quatro tipos de *amicus curiae*, o único que influenciou significativamente a chance de haver citação no voto foi o representante da sociedade civil. Em outros termos, resta confirmado o pa-

⁷⁷ Jeffrey Segal (1988) identificou que o Solicitor General (ator análogo ao Procurador-Geral da República nos Estados Unidos) apoiava cerca de 75% das partes que venceram o caso entre 1952 e 1982, independentemente de que parte o indicou para o cargo, com maior influência ainda em casos de discriminação sexual. No mesmo sentido, Rebecca Mae Salokar (1992) identificou a taxa de sucesso de 72% entre 1959 e 1986. O mesmo sucesso não foi encontrado para os state attorney generals (procuradores de estado) (MORRIS, 1987). Enfim, Gregg Ivers e Karen O'Connor (1987) constataram que os American Civil Liberties Union (ACLU) possuem influência na decisão final somente quando a corte está pré-disposta ideologicamente a alcançar o resultado. Joseph D. Kearney e Thomas W. Merrill (2000) constataram que o Solicitor General tem alta taxa de sucesso quando atua como *amicus curiae*. No Brasil, Pedro Fernando Ferreira (2013) encontrou significância estatística e efeito positivo sobre a possibilidade de a ação ser julgada procedente na hipótese de o parecer pela procedência do Procurador-Geral da República.

⁷⁸ Mesmo com a confiança dos dados estatísticos, existe limitação com relação ao tamanho da base de dados, porque o pequeno número de observações de um dado fenômeno pode gerar resultados destoantes, o que foi contrabalanceado nos modelos pela redução do número de variáveis.

⁷⁹ Para obter esse valor utilizam-se os valores limites do intervalo de 95% de confiança de Wald na seguinte equação: $1 - \frac{1}{n}$, se o intervalo é maior do que 1.

drão que prediz que a corte tende a citar aqueles participantes dos quais possam extrair maior apoio difuso. Uma outra interpretação do resultado é a de que esses agentes tendem a participar de questões constitucionais que se relacionem a controvérsias morais relevantes, as quais atraíam maior visibilidade da opinião pública, o que, consoante também previsto pela doutrina e pela análise estratégica, gera tendência para que os membros do STF tenham mais cuidado na consideração e citação dos respectivos participantes.

O fato de não ter sido identificada relação estatística significativa para os outros tipos de *amicus curiae* evidencia que não há um padrão claro referente à forma que esses são citados ou não nos votos dos ministros, não se podendo afirmar que a sua participação no processo aumenta a chance de serem citados.

Quanto à análise da influência na decisão final, obtém-se o resultado de que a diferença entre número de *amicus curiae* governamentais favoráveis e desfavoráveis ao peticionário aumenta a chance de a ação ser julgada procedente. Melhor especificando, com significância estatística de 95%, pode-se afirmar que a cada *amicus curiae* governamental favorável a mais do que os desfavoráveis desse mesmo tipo no processo, aumenta-se entre 18,1 e 50,8% a chance de a ação ser julgada procedente, o que também funciona de maneira inversa: quanto maior a diferença desfavorecendo o peticionário, sua chance de ser julgada procedente decai na mesma medida.

Tal resultado confirma parte da hipótese 2 do presente estudo, gerando a conclusão de que, assim como previsto na análise estratégica, os *amici curiae* governamentais exercem maior influência sob a decisão final, porquanto foi o único grupo em que se constatou significância estatística para essa relação, apesar de o impacto dessa variável sobre a decisão da corte não ser tão expressivo e determinante. Quanto à influência do *amicus curiae* servidor público que se buscou testar na análise empírica, essa premissa não foi corroborada por evidências estatísticas.

O segundo resultado valida a hipótese 3, ao não se observar significância estatística entre a citação no voto e a influência na decisão final. Isso quer dizer que o fato de os ministros citarem os argumentos e informações dos *amici curiae* nos seus votos não significa que eles se deixarão levar, necessariamente por suas posições.

Nesse ponto, a conclusão caminha no mesmo sentido dos estudos de Miguel Godoy e Thiago Sombra⁸⁰, de que, apesar da ampla abertura para a participação dos *amici curiae* e até da citação das contribuições nos votos, não há, de fato, no STF processo deliberativo que efetivamente leve em conta todas as partes envolvidas no diálogo constitucional, o que também demonstra que o escopo de Peter Häberle de se instaurar uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição” não tem sido efetivo na prática.

Enfim, constata-se que quanto menor o tempo de tramitação, maior a chance de a ação ser julgada procedente (entre 5,8 a 38,2%). Tal resultado não tem grande pertinência com a análise, mas pode indicar fonte de estudo de linhas de pesquisa que investigam o tempo como fator estratégico para agentes que atuam no âmbito do STF⁸¹.

Enfim, os resultados acompanham e reforçam as conclusões de estudos empíricos anteriores sobre o *amicus curiae*, assim como a própria descrição histórica da seção 1.1. ao explicitar que o posicionamento do Procurador-Geral da República pela procedência da ação aumenta entre 87,6% e 99,7% a chance de a ação ser julgada procedente, enquanto que quando entende pela parcial procedência, essa chance aumenta em 30,2% e 95%.

Segundo a descrição teórica, a posição do Procurador-Geral tem grande importância para a decisão da corte, porquanto a instituição goza de credibilidade jurídica e normalmente produz pareceres com conteúdo jurídico substancial, inclusive explicitando precedentes da corte similares ao caso, na função que se convencionou chamar de *oral shepparzing*. Apesar de não serem institutos comparáveis em essência⁸², caso fosse um *amicus curiae*, o PGR se enquadraria no tipo governamental, dispondo, contudo, de uma das maiores – senão – a maior credibilidade argumentativa e informacional perante a corte, o que indica que ele é um dos melhores, senão o melhor amigo da corte⁸³. Esse resultado desvela uma interessante conclu-

⁸⁰ SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 1, p. 236–273, 2017..

⁸¹ ALVES, 2006.

⁸² BESON, 1984, p. 16.

⁸³ Ressalva-se, contudo, que o PGR possui papel institucional completamente distinto dos demais atores sociais, em razão de suas competências funcionais, que repercutem em maior proximidade com o cotidiano da Suprema Corte e, por conseguinte, melhores capacidades de comunicação com seus membros pela via das manifestações.

são sob o ponto de vista estratégico: talvez seja mais interessante aos atores sociais que desejem efetivamente influenciar a Suprema Corte buscar apoio do Procurador-Geral da República do que atuar diretamente na corte pela via processual do *amicus curiae*. Em outros termos, tende a ser mais eficiente o *lobby* junto ao PGR do que o uso do *amicus curiae* para esse fim, sobretudo se os atores sociais pertencerem ao “tipo” de *amicus* desprestigiado pela corte sob o ponto de vista da influência na decisão final.

O estudo indica a razão por que paira certo incômodo na aplicação prática da teoria do *amicus curiae* adotada pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

CONCLUSÃO

O estudo indica a razão por que paira certo incômodo na aplicação prática da teoria do *amicus curiae* adotada pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Existem incongruências e disfuncionalidades que decorrem do desrespeito aos seus pressupostos, das incoerências dos discursos de ampliação da cognição do juízo e de legitimação, assim como do seu entrelaçamento, as quais caminham no sentido contrário dos incentivos que incidem sobre a corte e sobre o *amicus curiae* no momento de sua interação.

Nesse contexto, a teoria se divorcia da prática, na medida em que, não havendo clara escolha institucional acerca da função que o *amicus curiae* deve cumprir e das respectivas balizas processuais para sua conformação, a Suprema Corte faz o uso estratégico da figura do *amicus curiae*, de modo a retirar maior proveito possível dessa participação, de acordo com o que cada participante possa lhe oferecer, desde que esse também reste satisfeito com o tratamento que lhe é conferido. No presente caso, há evidências empíricas de que isso repercute em padrão em que o STF cita mais daqueles tipos que tragam maior apoio difuso para a corte perante a opinião pública (*amicus curiae* representantes da sociedade civil) e se deixa influenciar mais por participantes com maior poder de barganha institucional e credibilidade argumentativa e informacional (*amicus curiae* governamentais), sendo que a citação não leva à maior chance de influência na decisão final. Destarte, alcançou-se o objetivo estabelecido de analisar como se dá e o que motiva a interação entre STF e os *amici curiae*.

Assim, conclui-se que a Suprema Corte tem escolhido seus amigos de forma bem consciente, apesar de ainda continuar veiculando os

discursos tradicionais de pluralização do debate constitucional e de ampliação da cognição do juízo. Não obstante, conserva-se a cumplicidade com seu amigo de mais longo prazo: o Procurador-Geral da República, o qual, há tempos se dedica à produção de consistentes análises jurídicas e à apresentação consolidada de precedentes da corte pertinentes à questão constitucional em debate.

Agora, o Supremo Tribunal Federal realmente “tem encontro marcado com a definição do que é o *amicus curiae*”⁸⁴, em face do esclarecimento de sua feição mais crua e pragmática, sem quaisquer floreios da doutrina tradicional. Cabe a ela aproveitar a oportunidade para definir com clareza perante a sociedade a função a que se deseja que esse instituto cumpra na jurisdição constitucional brasileira. Caso efetivamente caminhe no sentido de ampliar a base argumentativa e informacional por intermédio do *amicus curiae*, duas propostas já estão lançadas: estabelecer regra processual que determine que o peticionário antecipe resumidamente os argumentos e informações que pretende apresentar e informe, assim como é exigido nos principais países que se utilizam desse instituto⁸⁵, a parte que deseja apoiar, o seu interesse na demanda, e quem eventualmente patrocina a sua intervenção. Não cabe mais alegar a ingenuidade de uma amizade desinteressada contra a seletividade que os dados revelam.

⁸⁴ Fala da ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal, na seção plenária de 02/02/2017: “O tribunal tem encontro marcado com a definição do que é o *amicus curiae*”.

⁸⁵ Nos Estados Unidos, *amici* privados têm que cumprir as exigências de (i) juntar à petição de ingresso “declaração de interesses”, que descreveria qual é o seu interesse, quem patrocinava a intervenção e a conveniência de seu ingresso em juízo, (ii) não ultrapassar metade das páginas autorizadas às manifestações das partes, (iii) manifestar-se no máximo 7 dias após a apresentação das razões da parte e (iv) não repetir argumentos das partes que apoiavam Regra 29 das Federal Rules of Appellate Procedure. (STERN, SHAPIRO, 1993 *apud* MCLAUCHLAN, 2005, p.6). No Canadá, a ampla abertura procedimental foi freado pela preocupação dos membros da corte com a excessiva carga de trabalho e de contribuições repetitivas e irrelevantes que se sucederam a essa abertura, implantando-se o requisito de apresentação de informações ou argumentos novos para o debate constitucional (DAMARES, 2010, p. 49).

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Estados Unidos: Harvard University Press, 1991.
- ALVES, P. *O Tempo como ferramenta de decisão no STF: Um Mapeamento da Seletividade do Tribunal nos Tempos Processuais das Ações Diretas de Inconstitucionalidade*. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2006.
- ARGUELHES, Diego Werneck. *Supremo: porto seguro para ministros políticos*. Jota, 07/02/2017. Disponível em: <http://jota.info/colunas/supra/disfuncao-stf-encoraja-escolha-de-alexandre-de-moraes-07022017#.WJsW5UVrSw4.facebook>. Acesso em 07/02/2017.
- BAKER, Dennis. *Not quite supreme: the Courts and coordinate constitutional construction*. Canada: McGill-Queen's University Press, 2010.
- BARKER, Lucius J.. Third Parties in Litigation: A Systemic view of the Judicial Function, *J. POL.* V 41, n. 41, 1967.
- BESON, Joseph Fred. The Court Needs its Friends. V. 70. N. 8, *ABA Journal*, Agosto, 1984.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branchs: The Supreme Court at the bar of the politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.
- BIX, Brian H. *New Legal Realism and the Explanation of Judicial Behavior: Doctrine, Data, and High Theory*. Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 14-42, 2009.
- CALDEIRA, Gregory A. Neither the purse nor the sword: dynamics of confidence in the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*. V.80. n. 4.,1986, pp. 1209-26.
- COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, 1998. pp. 157-164. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/343>. Acesso em 20/5/2020
- COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation. *Law and Society Review*. V. 38, n. 807, 2004. pp. 812-813.
- CROSS, Frank B., Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance, V. 92. N. 76. *Northwestern University Law Review*, 1997.
- DAHL, Robert A. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law*. V. 6, 1957. pp. 279-95.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.

EASTON, David. *A systems analysis of political life*. Nova Iorque: John Wiley & Son Inc., 1965.

ELSTER, John. *Arguing and bargaining in the Federal Convention and the Assemblée Constituante*. Working paper n. 4. Universidade de Chicago: Center for the study of constitutionalism in eastern Europe, 1991.

EPSTEIN, Lee, KNIGHT, Jack. Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of *Amici Curiae*. IN: CLAYTON, C. GILLMAN, H., eds., *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: Chicago Univ. Press, 1999.

_____; ROWLAND C. K.. Debunking the Myth of Interest Group Invincibility in the Courts. *American Political Science Rev.* v. 85, 1991. pp. 205-17.

ESKRIDGE JR, William N. Overriding supreme court statutory decisions. *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, 1991. p. 331-417.

FERREIRA, Pedro Fernando de Almeida Nery. *Modelos econômicos podem prever decisões judiciais?* Um probit para julgamentos do STF em ADIs. Apresentação no VI Congresso da Associação Brasileira de Direito e Economia, 2013.

FERREIRA, Débora Costa. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae* em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte? *Revista de Direito Brasileira*, v. 16. n. 7. Jan./Abr. 2017. pp. 169-185.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Nova Iorque: Farrar, Straus & Giroux, 2009.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. pp. 2475-2480.

GIBSON, J. L.; CALDEIRA, G. A.; SPENCE, L. K. Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court. *American Journal of Political Science*, V. 47, 2003, pp. 354–367. doi:10.1111/1540-5907.00025.

GODOY, Miguel Gaulano. As audiências públicas e o amicus curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar? *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 3, 2015.

GRIMM, Dieter, Verfassungserichtsbarkeit – Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat, in: *Jus-Didaktik*, Munique: Heft 4, 1977.

GROSSKOPF, Anke; MONDAK, Jeffrey J.. Do attitudes toward specific Supreme Court decisions matter? The impact of webster and Texas v. Johnson on Public confidence in the Supreme Court. *Political Research Quaterly*. V. 51, n. 3, 1998. pp. 633-654.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *Pluralismo y constitución: estudios de teoria constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002. p. 98-99.

HARPER, Fowler V.; ETHERINGTON, Edwin D.. Lobbyists Before the Court. *U. PA. L. REV.* V. 101, n. 8, 1953. pp.1172-1173.

HIRSCHL, Ran. *The judicialization of politics*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory. *The Oxford handboock of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 124-129.

HOEKSTRA, Valerie. The Supreme Court and local public opinion. *American Political Science Review*. V. 94, n.1, 2000, pp. 89-100.

IVERS, Gregg. O’CONNOR, Karen. Friends as Foes: The Amicus Curiae Participation and Effectiveness of the American Civil Liberties Union and Americans for Effective Law Enforcement in Criminal Cases. *Law & Policy*. V. 9. N. 161. 1987. pp.1969-1982.

KEARNEY, J.; MERRILL, T. The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 148, 2000. pp. 743-855.

KRISLOV, Samuel. The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy. V. 72. *Yale Law Journal*, 1963.

LIPSET, Seymour Martin; SCHNEIDER, William. *The confidence gap: business, labor, and government in the public mind*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1987.

MARSHALL, Thomas. *Public opinion and the Supreme Court*. Nova Iorque: Longman, 1989.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; RUFINO, André do Vale. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório Constitucional*. Ano 2, 2009.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*, São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação democrática*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MCLAUCLAN, Judithanne Scourfield. *Congressional Participation as Amicus Curiae before the U.S. Supreme Court*. New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2005.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. até a EC no 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

MONDAK, Jeffery J. SMITHEY, Shannon Ishiyama. The dynamics of public support for the Supreme Court. *Journal of Politics*. V. 59, n. 4, 1997. pp. 1114-11142.

MORRIS, Thomas R.. States Before the U.S. Supreme Court: State Attorneys General as Amicus Curiae. *Judicature*. V. 71, 1987. pp. 298-305.

PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a “Majoritarian Institution”? New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper n° 11-01, jan. 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1733169>. Acesso em 20/5/2020.

SALOKAR, Rebecca Mae. The solicitor general: the politics of law. Solicitor General: the politics of law. *American Political Science Review*, 1992. pp. 145-50.

SEGAL, Jeffrey A.. Amicus Curiae Briefs by the Solicitor General During the Warren and Burger Courts: A Research Note. *Political Research Quarterly*. V. 41. N. 135, 1988.

SEGAL, Jeffrey A.; SPEATH, Harold j. Spaeth. *The supreme court and the attitudinal model*, 1993.

SCALIA, Antonin. *The Rule of Law as a Law of Rules*, 1989.

SONGER, Donald R.; SEEHAN, Reginald S.. Interest Group Success in the Courts: Amicus participation in the Supreme Court. *Political Research Quarterly*. Vol. 46, 1994.

TAVARES. André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998.

TRUMAN, David B. The governmental process. *The Oxford Handbook of Classics in Public Policy and Administration*, 1951, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199646135.013.16.

TYLER, Tom R.; MITCHELL, Gregory. Legitimacy and the empowerment of discretionary legal authority: The United States Supreme Court and abortion rights. *Duke Law Journal*. V. 43, n. 1994, p. 703-815.

APÊNDICE

1. ANÁLISE DA CITAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES DOS AMICI CURIAE

Aplicando-se os métodos de seleção variáveis *forward*, *backward* e *stepwise*, foram ajustados três modelos:

Modelo 1: cita no voto = tipo de requerente

Modelo 2: cita no voto = + nº AC desfavoráveis representantes da sociedade civil + **tipo de requerente**

Modelo 3: cita no voto = + nº AC desfavoráveis representantes da sociedade

Aplicando-se os testes X, verificou-se que o modelo mais adequado, do ponto de vista estatístico é o modelo 2.

Cita no voto = + nº AC desfavoráveis representantes da sociedade civil + **tipo de requerente**+

Desse modo, foi realizada análise das estimativas dos coeficientes e dos parâmetros, bem como a análise da razão de chances:

Tabela 2 – Estimativa dos parâmetros da análise 1

Parâmetro	Estimativa	Erro Padrão	Estatística de Wald	P-valor
Intercepto	-1,4627	1,1051	1,7519	0,1856
Tipo de Requerente 4	14,86	407,2	0,0013	0,9709
Tipo de Requerente 5	3,0288	1,2396	5,9706	0,0145
Tipo de Requerente 6	2,6555	1,2004	4,8936	0,0270
Tipo de Requerente 7	14,8676	470,2	0,0010	0,9748
Tipo de Requerente 8	3,3261	1,3023	6,5229	0,0106
Tipo de Requerente 9	2,1921	1,142	3,6579	0,0558
AC rep. da sociedade civil desfavoráveis	-0,6469	0,2472	6,8492	0,0089

Fonte: Relatório ESTAT.

Tabela 3 – Estimativa da Razão de Chances da análise 1

Efeito	Estimativa pontual	Intervalo de 95% Confiança de Wald	
Tipo de Requerente 4 vs 1	>999,999	<0,001	>999,999
Tipo de Requerente 5 vs 1	20,673	1,821	234,705
Tipo de Requerente 6 vs 1	14,232	1,354	149,640
Tipo de Requerente 7 vs 1	>999,999	<0,001	>999,999
Tipo de Requerente 8 vs 1	27,831	2,168	357,330
Tipo de Requerente 9 vs 1	8,954	0,947	84,660
AC rep. da sociedade civil desfavoráveis	0,524	0,323	0,850

Fonte: Relatório ESTAT.

Preliminarmente, explicita-se que os resultados das tabelas são interpretados da seguinte forma: observa-se em primeiro lugar se o p-valor da variável é maior do que 0,05 – porquanto o nível de significância é de 5%⁸⁶ –, em seguida, verifica-se o sinal da estimativa, para observar se o efeito é positivo ou negativo sobre a variável dependente: se o sinal for negativo, aumenta a chance de ser julgado procedente e se for positivo diminui, uma vez que a análise foi feita com relação à chance de julgamento improcedente. Em seguida, extrai-se do intervalo de confiança de Wald, da segunda tabela, os limites mínimos e máximos em que a influência se dá em termos de chance⁸⁷, com o nível de confiança de 95%. Ressalta-se que se o intervalo de confiança contiver 1, então não se poderá afirmar que a variável independente influencia ou não a variável dependente.

2. ANÁLISE DA INFLUÊNCIA NA DECISÃO FINAL

Após proceder aos métodos de seleção de variáveis e aos testes estatísticos anteriormente descritos, chegou-se a dois modelos mais adequados, um com interação entre variáveis e outro sem.

O modelo com interação selecionado foi o seguinte:

⁸⁶ Em termos gerais, admite-se um erro de 5%.

⁸⁷ Chance é uma razão de probabilidades, o que não se confunde com probabilidade. Desse modo, a probabilidade de 100% de ocorrência de um evento é um evento certo, ao passo que não há situação correspondente para a chance. Por exemplo, se a probabilidade de um evento ocorrer é 80%, a sua chance constitui a razão entre 80% e 20% (1- 1/IC).

$$\text{Resultado} = \beta_0 + \beta_1 (\text{n}^\circ \text{ AC favoráveis corporativos} - \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis corporativos}) + \beta_6 (\text{n}^\circ \text{ AC favoráveis governamentais} - \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis governamentais}) + \beta_{13} \text{ posição PGR} + \beta_{14} \text{ tempo de tramitação} + \beta_1 (\text{n}^\circ \text{ AC favoráveis corporativos} - \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis corporativos}) \cdot \text{posição PGR} + \varepsilon^{88}$$

Para esse modelo, obtiveram-se as seguintes estimativas dos parâmetros e de razões de chance:

Tabela 4 – Estimativa dos parâmetros do modelo 2 com interação

Variável	Estimativa	Erro Padrão	Estatística de Wald	P-valor
Intercepto	-0,0494	0,3911	0,0159	0,8996
Tempo de tramitação	0,1899	0,0681	7,7798	0,0053
PGR 1	-4,0004	0,8880	20,2968	<,0001
PGR 2	-1,8810	0,6647	8,0081	0,0047
Diferença 1	0,1566	0,1544	1,0285	0,3105
Diferença 3	-0,4547	0,1303	12,1697	0,0005
Diferença 1 * PGR 1	-1,7228	0,4365	15,5766	<,0001
Diferença 1 * PGR 2	0,2637	0,2388	1,2195	0,2695

Fonte: Relatório ESTAT.

Tabela 5 – Estimativa da Razão de Chances do modelo 2 com interação

Efeito	Estimativa Pontual	Intervalo de 95% de Confiança de Wald
Tempo de tramitação	1,209	1,058 - 1,382
Diferença 3	0,635	0,492 - 0,819

Fonte: Relatório ESTAT.

Essa regressão logística apresentou resultados que se relacionam às hipóteses 2 e 3.

O modelo sem interação é o seguinte

$$\text{Resultado} = \beta_0 + \beta_{11} \text{ tipo de requerente} + \beta_{13} \text{ posição PGR} + \beta_{14} \text{ tempo de tramitação} + \varepsilon^{89}$$

Para esse modelo, obtiveram-se as seguintes estimativas dos parâmetros e de razões de chance:

Tabela 6 – Estimativa dos parâmetros do modelo 2 sem interação

Parâmetro	Estimativa	Erro Padrão	Estatística de Wald	P-valor
Intercepto	0.7885	1.811	0.4456	0.5044
Tempo de Tramitação	0.2006	0.0703	8.1426	0.0043
Tipo de Requerente 1	-2.0199	1.6450	1.5077	0.2195
Tipo de Requerente 4	-1.7416	1.3459	1.6744	0.1957
Tipo de Requerente 5	2.0431	1.2642	2.6116	0.1061
Tipo de Requerente 6	-15.0299	650.6	0.0005	0.9816
Tipo de Requerente 7	-1.5459	1.3109	1.3907	0.2383
Tipo de Requerente 8	-0.4278	11.873	0.1298	0.7186
PGR 1	-3.9127	0.9296	17.7166	<.0001
PGR 2	-1.6818	0.6747	6.2131	0,0127

Fonte: Relatório ESTAT.

Tabela 7 – Estimativa da Razão de Chances do modelo 2 com interação

Efeito	Estimativa Pontual	Intervalo de 95% de Confiança de Wald	
Tempo de tramitação	1,222	1,065	1,403
Tipo de Requerente 4	0,133	0,005	3,334
Tipo de Requerente 5	0,175	0,013	2,451
Tipo de Requerente 6	7,714	0,647	91,923
Tipo de Requerente 7	<,001	<,001	>999,999
Tipo de Requerente 8	0,213	0,016	2,783
Tipo de Requerente 9	0,652	0,064	6,681
PGR1	0,020	0,003	0,124
PGR2	0,186	0,050	0,698

Fonte: Relatório ESTAT.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA PAREJAS DEL MISMO SEXO: SU FUNDAMENTO EN LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA BOLIVIANA DE 2009

Proteção jurídica a casais
homoafetivos: seu fundamento
na constituição democrática
boliviana de 2009

Legal protection for same-sex
couples: its foundation in the Bolivian
democratic constitution of 2009

**María Elena
Attard Bellido**

Magister en Derecho
Constitucional y Procesal
Constitucional, Universidad
Andina Simón Bolívar,
Bolivia. Docente e
investigadora en la
Universidad Mayor de San
Andrés, Universidad Mayor
de San Simón, Universidad
Mayor, Real y Pontificia de
San Francisco Xavier de
Chuquisaca, Universidad
Tomás Frías, Universidad
Juan Misael Saracho,
Universidad Siglo XX,
Bolivia. Abogada.
malena_ab@hotmail.com

**Patricia Serrudo
Santelices**

Magister en Derecho
Constitucional. Docente de
posgrado en las asignaturas
de derecho constitucional,

La Constitución boliviana de 2009 que enarbola un constitucionalismo democrático en el ámbito latinoamericano, introduce mecanismos eficaces para la protección de los derechos de las minorías: Las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos y el ejercicio del control de convencionalidad. Estas pautas emergen de un poder constituyente democrático respetuoso de la evolución de los derechos fundamentales, por ello se constituyen en mandato de obligado cumplimiento por parte de los servidores y autoridades públicas que forman parte de los órganos cons-

RESUMEN

derecho procesal constitucional y derechos humanos, Bolivia. Investigadora y consultora en Derechos Humanos y Derecho Público, Bolivia. Abogada

Recibido: agosto 13, 2019

Aceito: maio 29, 2020

tituidos, entre ellos, el Tribunal Constitucional Plurinacional. A partir de estas pautas de interpretación, los derechos de las parejas del mismo sexo, encuentran cobijo y protección en el ordenamiento jurídico boliviano, en este marco, debe brindarse al art. 63 de la Constitución un sentido conforme al bloque de constitucionalidad, por lo que, en ejercicio del control de convencionalidad, las autoridades judiciales deben aplicar de manera directa y preferente la Opinión Consultiva 24/17 emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y; por tanto, en el ámbito interno debe brindarse protección jurídica igualitaria a parejas del mismo sexo.

Palabras clave: Poder Constituyente; Constitución Democrática; Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano; Control de Convencionalidad; Pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos; Protección jurídica a parejas del mismo sexo.

Resumo

A Constituição da Bolívia de 2009, que apoia o constitucionalismo democrático na esfera latino-americana, introduz mecanismos efetivos para a proteção dos direitos das minorias: as diretrizes constitucionalizadas para a interpretação dos direitos e o exercício do controle da convencionalidade. Essas diretrizes emergem de um poder constituinte democrático e respeitam a evolução dos direitos fundamentais; portanto, têm o mandato de serem cumpridas pelos servidores públicos e autoridades que fazem parte dos órgãos constituídos, entre eles o Tribunal Constitucional Plurinacional. Com base nessas diretrizes de interpretação, os direitos dos casais homoafetivos encontram abrigo e proteção no sistema jurídico boliviano. Neste marco, o art. 63 da Constituição deve ser interpretado conforme o bloco de constitucionalidade, de modo que, no exercício do controle convencional, as autoridades judiciais apliquem direta e preferencialmente a Opinião Consultiva 24/17 emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; portanto, uma proteção legal igualitária deve ser fornecida no âmbito interno aos casais homoafetivos.

Palavras-chave: Poder constituinte; Constituição democrática; Novo constitucionalismo latino-americano; Controle de convencionalidade; Diretrizes constitucionalizadas para a interpretação dos direitos; Proteção legal a casais homoafetivos.

Abstract

The Bolivian Constitution of 2009, which supports a democratic constitutionalism in the Latin American sphere, introduces effective mechanisms for the protection of minority rights: Constitutionalized guidelines for the interpretation of rights and the exercise of control of conventionality. These guidelines emerge from a democratic constituent power respectful of the evolution of fundamental rights, for this reason they are mandated to be complied with by the public servants and authorities that are part of the constituted bodies, among them, the Plurinational Constitutional Court. Based on these guidelines for interpretation, the rights of same-sex couples find shelter and protection in the Bolivian legal system. In this framework, art. 63 of the Constitution makes sense in accordance with the constitutional block, so that,

in exercising conventional control, the judicial authorities must directly and preferentially apply Advisory Opinion 24/17 issued by the Inter-American Court of Human Rights, and; therefore, equal legal protection must be provided internally to same-sex couples.

Keywords: Constituent Power; Democratic Constitution; New Latin American Constitutionalism; Control of Conventionality; Constitutionalized guidelines for the interpretation of rights; Legal protection for Same-sex couples.

REFLEXIONES PREVIAS

Los derechos se desarrollan en el marco de avances y retrocesos constantes, en este escenario, la pregunta que debe plantearse es si los procesos constituyentes sustentados en el constitucionalismo democrático que será expuesto en este trabajo, resguardan los avances en derechos para evitar regresiones lesivas a estos. Esta pregunta tiene aún mayor relevancia si se considera la temática de la protección jurídica a parejas del mismo sexo, ya que tal como se demostrará, este es un sector históricamente discriminado que merece una protección reforzada de los Estados en el marco de la garantía de igualdad material que plasma el ideal axiológico de toda Constitución democrática enmarcada a derechos fundamentales.

Por lo expresado, en este trabajo, se argumentará sobre los fundamentos constitucionales consagrados en la Constitución democrática de 2009 que sustentan la protección jurídica a parejas del mismo sexo en el marco de su progresividad en el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos, en ese contexto, se precisará que si bien el art. 63 de la Constitución, bajo una lectura literal, brinda una protección jurídica al matrimonio y la unión libre a parejas heterosexuales¹, no es menos cierto, que en mérito a las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, las parejas del mismo sexo también merecen protección jurídica igualitaria por mandato de la propia Constitución democrática boliviana

¹ El artículo 63 de la Constitución reza: “I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges”. Esta disposición constitucional establece también: “II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquellas (CONSTITUCIÓN BOLIVIANA, 2009).

de 2009, para lo cual, una herramienta eficaz y legitimizada por el poder constituyente es el control de convencionalidad.

En efecto, para lograr esta protección eficaz, en ejercicio del control de convencionalidad, las autoridades judiciales en el Estado Plurinacional de Bolivia, deberán garantizar una protección jurídica eficaz a parejas del mismo sexo de acuerdo a su avance y progresividad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, concretamente, de acuerdo a las interpretaciones progresivas especialmente plasmadas en la Opinión Consultiva 24/2017, desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que forma parte del bloque de constitucionalidad boliviano.

En el marco de lo señalado, el objetivo de este trabajo, será demostrar el deber de las autoridades judiciales y administrativas de brindar en el Estado Plurinacional de Bolivia, un trato jurídico igualitario y sin discriminación por orientación sexual a parejas del mismo sexo, para ello, en los siguientes acápite se expondrán las herramientas argumentativas que sustentarán el ejercicio de control de convencionalidad basado en pautas constitucionalizadas de interpretación consignadas en la Constitución democrática de 2009, por lo que se abordarán ejes temáticos esenciales, entre ellos, los referentes a los pilares de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos y sus venas democráticas emergentes de procesos constituyentes plurales como el boliviano; la descripción de las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos consignadas en la Constitución democrática de 2009; y, los alcances y sustento constitucional del ejercicio del control de convencionalidad. Estas herramientas argumentativas sustentarán la interpretación extensiva y coherente con el bloque de constitucionalidad que se le debe brindar al art. 63 de la Constitución boliviana a partir de la aplicación directa y preferente de la Opinión Consultiva 24/17 en coherencia con el ejercicio del control de convencionalidad.

2. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO QUE MARCÓ LA ERA DE LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA DE 2009

La redacción del art. 63 de la Constitución boliviana, constitucionaliza al matrimonio y la unión conyugal libre a partir de una condición esencial: La unión entre hombre y mujer, esta redacción grafica la

invisibilización de grupos LGBTI² por parte de los factores reales de poder³ sin embargo, la Constitución democrática de 2009, tal como se argumentará en este trabajo, consigna, por mandato del propio Poder Constituyente, pautas constitucionalizadas de interpretación que aseguren el respeto a sus derechos más allá de decisiones mayoritarias plasmadas en una “hoja de papel”⁴.

Por su parte, Kalyvas⁵, quien, en la tarea de referirse a las categorías de poder constituyente y soberanía, sostiene que “el concepto de soberanía como acto creativo y fundador del sujeto constituyente se aleja de la noción tradicional de soberanía como la mayor y definitiva instancia de mando. Sostiene que el sujeto constituyente soberano no es una fuerza represiva, sino una agencia productiva, el soberano ya no es un gobernante absoluto sino un legislador fundador: la misión del soberano no es ejercer el poder, sino diseñar las normas legales y las reglas de procedimiento superiores que regularán el ejercicio del poder”⁶.

Reflexionar estos conceptos, bajo el marco de lo previsto en el art. 63 de la Constitución boliviana, obliga iniciar el análisis, resaltando la

² La sigla LGBTI (Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero o Intersex) se utiliza para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. Este término fue asumido por el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos a partir del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la violencia contra personas LGBTI (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2018).

³ LASALLE, 1989, p.92.

⁴ Según Lasalle la Constitución es la verdadera ley fundamental de un país, siendo los factores de poder los que se extienden en una “hoja de papel” a través de la expresión escrita que se erige en derecho, y por tanto en instituciones jurídicas que aseguran su cumplimiento con la imposición de un castigo, y que aseguran su conversión en “factores jurídicos” consolidados. Esta versión sobre Constitución define dos planos claramente delimitados, el sociológico en el que se instala una Constitución real y efectiva y el jurídico como expresión escrita de esos factores de poder que supone la determinación de una consecuencia legítima en caso de una violación. Esto significa, según Lasalle, que la Constitución escrita, la “hoja de papel” o la Constitución jurídica, es una inmediata expresión de los factores de poder, pero que en caso de una incongruencia entre la una y la otra, es evidente que la Constitución como factores de poder se sobrepondrá a la Constitución escrita, aunque con ello jamás admite que lo jurídico debe confundirse con la Constitución real (LASALLE, 1989, p.93).

⁵ KALYVAS, 2005, p.97.

⁶ Kalyvas aclara-siguiendo a Beaud-, que, desde la perspectiva del acto constituyente, el soberano es aquel que hace la Constitución y establece un nuevo orden político y legal. Entonces, el soberano es el sujeto constituyente, por ello define al soberano como aquel que determina la forma constitucional, la identidad jurídica y política, y la estructura gubernamental de una comunidad en su totalidad. El soberano es el autor original de un nuevo orden constitucional y la soberanía en cuanto poder constituyente se manifiesta en un proceso genuino de elaboración constitucional como un poder por encima del legislativo (KALYVAS, 2005, p.96-97)

necesidad de diferenciar el concepto de *democracia constitucional* y *constitucionalismo democrático*, en ese marco, se seguirá los aportes Martínez Dalmau, para quien junto con Viciano, las constituciones formales se enmarcan en el ámbito de una democracia constitucional⁷; sin embargo, el constitucionalismo democrático tiene una característica esencial: *Las constituciones democráticas emergentes de legítimos procesos constituyentes*⁸.

En el contexto señalado, Martínez Dalmau⁹ textualmente señala lo siguiente:

[...] aunque el uso del término Constitución ha sido recurrente en la doctrina para designar históricamente la organización del orden político en las más diversas sociedades, la incorporación del poder constituyente como elemento legitimador de la Constitución cambió radicalmente su origen y, por lo tanto, su significado. El paso de la modernidad a la contemporaneidad, en cuanto a la legitimidad del poder político organizado se refiere, es en su fundamento el paso del constitucionalismo

⁷ VICIANO, MARTÍNEZ DALMAU, 2013. Los autores señalan que en el *nuevo constitucionalismo*, “el relato de legitimidad positivista-elitista se transforma en legitimidad democrática, con intención de acabar con el nominalismo constitucional y avanzar hacia la transformación de la sociedad en la que se aplica”, en este marco, los autores sostienen que desde la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo XX, se produjeron cambios que pronosticaban la cercana conciliación entre Constitución formal y material, y comenzaron a abrir paso a los postulados del nuevo constitucionalismo. En este contexto, los autores excluyen a la Constitución de Brasil de los nuevos constitucionalismos por las carencias democráticas de su proceso constituyente y por su falta de voluntad transformadora respecto del constitucionalismo del Estado Social. Será la reaparición de los postulados democráticos en los procesos constituyentes colombiano y venezolano y, por lo tanto, la elaboración de un nuevo relato de legitimidad, el que coloca el deferencial entre el *antes* y el *después* del nuevo constitucionalismo. Así, los autores indican que el nuevo constitucionalismo reasigna un significado actualizado a conceptos que habían sido desnaturalizados por la teoría constitucional conservadora, como el de soberanía popular o poder constituyente. Y no porque una teoría constitucional democrática los haya reconstruido sólidamente con anterioridad a los procesos constituyentes, sino porque así han sido usados esos conceptos para el avance democrático y, muy especialmente, por los movimientos sociales como fundamento de emancipación. Esa es una de las principales diferencias con el neoconstitucionalismo: El nuevo constitucionalismo no es una teoría del derecho, sino una teoría de la Constitución relatada en un marco reescrito sobre la legitimidad democrática de la Constitución, que utiliza los conceptos sin miedo y de la manera como le son útiles para avanzar democráticamente.

⁸ Gerardo Pisarello (2014, p. 171) apunta que “Las ideas de poder constituyente, de proceso constituyente democrático, surge como un recurso extremo, en el que concurren una serie de circunstancias concretas., En primer lugar, la existencia de una agresión económica, política, cultural, provocada por una estructura de poder determinada. En segundo lugar, la pérdida creciente de legitimidad de quienes encabezan dicha estructura. Por último, la percepción, entre los grupos subalternos, de que dicha situación es injusta e insoportable y de que es posible emprender con éxito algún tipo de acción colectiva para acabar con ella.

⁹ MARTÍNEZ DALMAU, 2012, p. 7-8.

al constitucionalismo democrático, entendido éste como la organización del poder político derivado del poderconstituyente¹⁰.

Esta postura desvela otro punto esencial del debate académico: La interdependencia del poder constituyente que legitima el poder político organizado con las bases mismas de la soberanía, así, en este contexto, tal como afirma el Martínez Dalmau:

El pueblo es, en definitiva y con toda su ambigüedad, el sujeto soberano donde reside el poder constituyente. Sin soberanía, sin poder constituyente, no existe pueblo, y el constitucionalismo pierde el carácter democrático en el que se fundamenta el siempre difícil equilibrio entre legitimidad democrática y organización del poder político. Esta indisoluble asimilación entre pueblo, poder constituyente y soberanía, conforma los cimientos de la Constitución democrática; al mismo tiempo, el texto constitucional consagra los elementos de la garantía y desarrollo del gobierno democrático, lo que da paso al Estado Constitucional. La elección y el control efectivos de los gobernantes por parte del soberano y su autolimitación a través del Derecho constituyen, de esta manera, el elemento primordial para la entrada en vigor del principio democrático y, con ello, la aparición de la constitución material –democrática–, principal característica del Estado Constitucional¹¹.

Lo expuesto hasta aquí nos lleva a la importante tarea de caracterizar al constitucionalismo democrático a partir de tres ejes centrales: (i) Poder constituyente, (ii) soberanía que reside en el pueblo y (iii) respeto a derechos fundamentales, pilares esenciales que sustentarán las bases de un constitucionalismo democrático que en el caso latinoamericano, particularmente en el caso boliviano, adquirirá un carácter emancipador¹², rasgo que sin duda implicará en el

¹⁰ El autor, además señala que “la emergencia de un constitucionalismo democrático debía incorporar, de forma principal, la consagración del pueblo como titular de la soberanía, una vez la soberanía se conformó como la nueva fuente de legitimidad del orden jurídico-político y, por lo tanto, el sujeto principal que debe ser transformado en la transición del Estado hacia una forma democrática de configuración. La articulación de los elementos inmanentes, soberanía y poder constituyente/poder constituido, establece el *continuum* de entre legitimidad, potencialidad y actividad del poder. El Estado democrático exige que el pueblo sea soberano; esto es, aquel que en una sociedad tiene la capacidad de dictar normas jurídicas estando en la posesión de un poder supremo, ilimitado, único e indivisible”.

¹¹ MARTÍNEZ DALMAU, 2012, p. 7-8.

¹² Martínez Dalmau sostiene que los regímenes democráticos son ineludibles para el avance de los pueblos. Avance no exclusivamente en su sentido modernizador como proponían los teóricos clásicos de la democracia sino, fundamentalmente, emancipador Martínez Dalmau (2012, p. 12). En términos de Contreras-citado por Dalmau- “el ejercicio sustantivo de los derechos ciudadanos sigue constituyendo una máxima de emancipación humana dentro del marco del orden mundial existente”. Cfr MARTÍNEZ DALMAU, 2012, p. 13.

marco de esta legitimidad democrática, asegurar derechos fundamentales especialmente de sectores históricamente discriminados como es el caso de las personas LGBTI.

En este contexto, Martínez Dalmau, resalta el concepto del “nuevo constitucionalismo democrático”, que, de acuerdo con el autor, estaría enfocado a la consecución del Estado Constitucional en sentido material y que implicaría la superación de las bases teóricas del constitucionalismo del Estado Social¹³.

Cuando el autor hace referencia al constitucionalismo del Estado Social, es necesario enmarcar la temática a los llamados *neoconstitucionalismos*, los cuales surgen en Europa y que en realidad postulan la prevalencia de principios antes que reglas jurídicas al abrigo de una constitución con valor normativo que sea materializada por las autoridades jurisdiccionales a través de la interpretación constitucional¹⁴. En este entorno, se desvelan conceptos esenciales que deben ser reflexionados en este espacio académico, entre ellos: (i) la diferencia entre los *neoconstitucionalismos* con los nuevos constitucionalismos latinoamericanos y (ii) la directa vinculación de los *nuevos constitucionalismos* latinoamericanos con el constitucionalismo democrático, cuyas bases como ya se señaló son la trilogía compuesta por los conceptos de poder constituyente; soberanía que reside en el pueblo; y, respeto a derechos fundamentales.

De acuerdo a lo anotado, entonces, debe iniciarse la argumentación jurídica con un primer elemento esencial de análisis: Los rasgos esenciales que diferencian los neoconstitucionalismos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Al respecto, esta diferenciación es realizada con meridiana claridad por Viciano y Martínez

¹³ Para el autor cuatro son los elementos del Estado Constitucional que no se encuentran en el constitucionalismo del Estado social: a) la reivindicación del concepto de soberanía popular y de poder constituyente, que incorpora su potencialidad revolucionaria; b) la incorporación de mecanismos de fortalecimiento de la legitimidad democrática del poder constituido, tanto a través de la participación directa en las decisiones como del control democrático del poder político organizado (dimensión indirecta de la soberanía o soberanía juridificada); c) la búsqueda de mecanismos de materialización de la Constitución y la eliminación de las sombras nominalistas, y d) marginación definitiva del poder constituyente constituido, fundamentado tanto en la negación de la naturaleza delegable del poder constituyente como en el concepto de Constitución como fruto de la voluntad exclusiva del poder constituyente. Cfr MARTÍNEZ DALMAU, 2012, p. 14.

¹⁴ VICIANO, MARTÍNEZ DALMAU, 2013. La identificación de los caracteres del neoconstitucionalismo puede encontrarse en PRIETO SANCHIS L., 2002, p. 109 y ss.

Dalmau, quienes señalan que los términos neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo no son sinónimos ni necesariamente complementarios, aunque pueden coincidir en varios aspectos, en ese marco, afirman que el neoconstitucionalismo es una categoría analítica que busca crear una teoría del derecho, y, secundariamente, explicar las facultades del juez ordinario como intérprete de la Constitución, en cambio, el nuevo constitucionalismo surge desde la experiencia de las nuevas constituciones latinoamericanas, a partir de la colombiana de 1991, la cual pone énfasis en la legitimidad democrática de la Constitución¹⁵, esa legitimidad que la brinda los procesos constituyentes basados en la soberanía que reside en el pueblo y que se fundamenta en el respeto a derechos fundamentales.¹⁶

Lo expuesto precedentemente, constituye el hilo argumentativo neurálgico de análisis de este trabajo, el cual puede resumirse en la siguiente idea matriz: El fundamento del respeto a derechos progresivamente construidos en los sistemas universal y regionales de protección de derechos humanos se fortalece en las Constituciones democráticamente emergentes de procesos constituyentes, las cuales contienen pautas constitucionalizadas de interpretación que facultan a las y los jueces, así como a las servidoras y servidores públicos a ejercer control de convencionalidad y aplicar de manera directa y preferente el estándar más alto que contenga la interpretación más favorable al derecho en discusión.

Lo expresado conlleva a mirar el escenario de la Constitución democrática boliviana de 2009, la cual emergió de un proceso constituyente que se inició el 2006 y que concluyó con la aprobación mediante referendo del texto constitucional ahora vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia¹⁷. En efecto, el proceso constituyente boliviano, fue el que enmarcó en nuestro país, el rasgo de un consti-

¹⁵ VICIANO, MARTÍNEZ DALMAU, 2013, p. 1.

¹⁶ Para Ferrajoli, la incidencia en el respeto a derechos fundamentales da lugar al llamado constitucionalismo garantista entendido como aquel modelo normativo de ordenamiento producido por un cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia, gracias al cual la validez de las leyes y la legitimidad de la política están condicionadas al respeto y a la actuación de las garantías de los derechos estipulados en las constituciones. (FERRAJOLI, 2014, p. 11).

¹⁷ El 6 de marzo de 2006, se promulgó la Ley No. 3364, Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, Asamblea que fue inaugurada el 6 de agosto de 2006, cuya Constitución fue aprobada mediante referéndum el 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero. Para entender el proceso constituyente en el Estado Plurinacional de Bolivia ver: SCHAVELSON, 2012.

tucionalismo democrático en el molde de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos¹⁸.

3. ¿PUEDE UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA VULNERAR DERECHOS DE LAS MINORÍAS O DE SECTORES HISTÓRICAMENTE DISCRIMINADOS? UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA IMPORTANCIA DE LAS PAUTAS CONSTITUCIONALIZADAS DE INTERPRETACIÓN

Concretamente, en el caso boliviano, es la propia Constitución democrática de 2009, la que garantiza la progresividad de los derechos especialmente de estos sectores que merecen una protección reforzada.

En el acápite anterior se concluyó que la Constitución democrática boliviana de 2009 se enmarca en la línea de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos enraizados en el constitucionalismo democrático vinculado a procesos constituyentes que legitiman el poder político organizado; bajo esta perspectiva, en este trabajo, se sustentará con base en estas Constituciones democráticas, que los derechos fundamentales, especialmente de minorías o de sectores históricamente discriminados, en el marco de la progresividad de los derechos, se encuentran resguardados en estas constituciones, aunque el tenor literal de alguna disposición podría contener una redacción limitativa, como sucede con el artículo 63 de la Constitución boliviana que en su tenor literal excluye de protección jurídica a las parejas del mismo sexo y únicamente establece dicha protección para parejas heterosexuales.

Concretamente, en el caso boliviano, es la propia Constitución democrática de 2009, la que garantiza la progresividad de los derechos especialmente de estos sectores que merecen una protección reforzada. En efecto, el sustento para argumentar la protección de minorías o de sectores históricamente discriminados en Constituciones democráticas como la boliviana de 2009, esta precisamente en las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos, *las* cuales aseguran que los procesos constituyentes democráticos brinden una protección reforzada a sectores históricamente discriminados, como es el caso de las personas LGBTI, para evitar así discriminaciones prohibidas basadas en criterios de orientación sexual.

En efecto, la Constitución democrática boliviana de 2009, contiene estas *pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos* en

¹⁸ Viciano y Martínez Dalmau (2013), citan como hitos del constitucionalismo latinoamericano a las Constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia.

los artículos 13.I, 13.IV, 14, 196, 256 y 410 del texto constitucional. Estas pautas, por su importancia, serán desarrolladas de manera específica en este trabajo académico.

El art. 410.II de la Constitución boliviana consagra el bloque de constitucionalidad¹⁹, al respecto, el Tribunal Constitucional boliviano, en la SC 0110/2010-R, al interpretar la referida disposición constitucional, señaló que forma parte del bloque de constitucionalidad no solamente el texto de la Constitución aprobado por referendo constitucional el año 2009, sino también los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y también los estándares internacionales referentes a derechos humanos como es el caso de los precedentes emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Que los tratados de derechos humanos formen parte del bloque de constitucionalidad, conlleva entender que éstos se convierten en normas parámetro de control respecto del cual el resto del ordenamiento jurídico debe guardar correspondencia. En este sentido, Andaluz Vegacenteno²⁰ sostiene que “el rasero con el que se mide la validez del derecho ordinario es la Constitución, y son normas constitucionales no sólo las que integran el texto formal de la Constitución, sino también los tratados sobre derechos humanos y las normas de derecho comunitario, que sumados al texto formal conforman una unidad normativa: el llamado bloque de constitucionalidad previsto en el art. 410. II de la Constitución”.

Esta pauta es esencial para la temática ahora abordada, ya que, a partir de la doctrina del bloque de constitucionalidad, pueden protegerse los derechos de parejas del mismo sexo. Por esta razón, el art. 63 de la Constitución boliviana no puede interpretarse de manera aislada, sino, cuando amerite ingresarse en esta labor, el intérprete debe analizar esta disposición a la luz del art. 410 de la Constitución y de la SC 0110/2010-R que desarrolla la doctrina del

¹⁹ El art. 410.II de la Constitución establece: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país...” (CONSTITUCIÓN BOLIVIANA, 2009). El bloque de constitucionalidad, es un fenómeno de ampliación o extensión de la Constitución a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

²⁰ ANDALUZ VEGACENTENO, 2014, p. 3

bloque de constitucionalidad, doctrina consagrada por la Constitución democrática de 2009²¹. Por lo que, este es el primer argumento esencial para sustentar la protección de derechos de minorías o de grupos históricamente discriminados, aunque estos no hayan tenido mayorías en el proceso constituyente boliviano.

La otra pauta constitucionalizada de interpretación de derechos que sustenta el problema jurídico abordado en este trabajo, se encuentra en el art. 14 de la Constitución boliviana democrática. Este artículo consagra tres principios esenciales para la eficacia de derechos: (i) La igual dignidad de las personas y colectividades; (ii) la igualdad material de las personas y colectividades; y (iii) la prohibición de discriminación.

En cuanto a la garantía de prohibición de discriminación, de manera textual, el artículo 14.II de la Constitución democrática de 2009 señala: “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género...”.

En efecto, el referido artículo 14.II de la Constitución, consagra, las llamadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, categorías sospechosas o criterios prohibidos de discriminación. En este catálogo, se encuentra la prohibición de discriminación basada en orientación sexual, que obliga al Estado Plurinacional de Bolivia a aplicar y ajustar la normativa interna -incluida la Constitución-, las políticas públicas o todo tipo de decisiones judiciales, a interpretaciones razonables, proporcionales y objetivas coherentes y armónicas con el desarrollo de esta garantía de prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que, no pueden realizarse interpretaciones regresivas a los derechos de estas personas históricamente discriminadas en sociedades patriarcales como la boliviana.

En el sentido señalado, el paradigma jurídico del vivir bien, en el marco del esquema constitucional vigente, plantea:

²¹ El esquema constitucional de derechos fundamentales, está íntimamente vinculado con las interpretaciones más progresivas y favorables a derechos que hayan sido realizadas tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de protección a derechos fundamentales, así, las interpretaciones realizadas en el marco interno, no pueden ser más restrictivas que las interpretaciones realizadas en el marco de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que se encuentran contenidas en los estándares internacionales de protección a derechos fundamentales (ATTARD BELLIDO, 2017, 25),

a) interpretaciones más favorables y progresivas a derechos especialmente de grupos de atención prioritaria y con mayor razón para mujeres y personas con distinta orientación sexual a la heterosexual; b) prohíbe discriminaciones basadas en criterios prohibidos o categorías sospechosas, y c) Postula ponderaciones razonables y proporcionales y bajo métodos interculturales en caso de colisión de derechos²².

Por lo expuesto, el artículo 14 de la Constitución, al consagrar constitucionalmente la igualdad formal y la prohibición de discriminación, es otra pauta esencial para sustentar la protección de derechos de las personas con orientación sexual diferente a la heterosexual, por tanto, aunque estos grupos no hayan tenido mayoría en el proceso constituyente boliviano, sus derechos deben ser protegidos de forma reforzada, por mandato de la propia Constitución democrática vigente.

También en coherencia con todo lo afirmado, debe invocarse el artículo 13.I de la Constitución que consagra el principio de progresividad. Este principio sin duda debe ser el parámetro interpretativo del artículo 63 de la norma constitucional boliviana, ya que la protección jurídica en cuanto a efectos patrimoniales y personales emergentes del matrimonio o la unión conyugal libre o de hecho, no puede asegurarse solamente en relación a parejas heterosexuales, sino también, para no generar discriminación, debe protegerse en condiciones de igualdad a parejas del mismo sexo, esto en coherencia con el avance del derecho internacional de los derechos humanos²³.

²² ATTARD BELLIDO, 2017, p. 24.

²³ “...el principio de progresividad significa, por un lado, que los derechos humanos pueden ser reconocidos de manera continua y por otro, que las conquistas conseguidas, respecto a un derecho o su interpretación, no pueden ser luego desconocidas por el intérprete de dicho derecho, sea juez, tribunal o autoridad. Conforme a ello, la interpretación que se efectúe respecto a un derecho fundamental, nunca podrá ser menor a los estándares nacionales e internacionales sobre su contenido y alcance, pues mínimamente, tendrá que adoptarse –en virtud al principio de interpretación conforme a los pactos internacionales sobre derechos humanos- la interpretación asumida en las normas internacionales sobre derechos humanos y por los órganos encargados de su salvaguarda, sin que ello implique que una interpretación más favorable pueda ser desarrollada (principio de favorabilidad, *pro homine* o *pro persona*)”. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2014.

En el panorama presentado, la Opinión Consultiva 24/2017 emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴ ²⁵, de manera expresa consagra la protección jurídica a parejas del mismo sexo, por tanto, de acuerdo al principio de progresividad, que es una pauta inmersa en el art. 13.I de la Constitución, el Estado Boliviano debe reconocer este avance en derechos humanos, razón por la cual, no podría dejarlas en desprotección, lo que implica que en relación al tenor literal del art. 63 de la Constitución, en ejercicio del control de convencionalidad, debe aplicarse de manera directa y preferente la referida opinión consultiva que marcó sin duda un avance en el derecho internacional de los derechos humanos.

A lo señalado, debemos sumar que el art. 13.I de la Constitución, conlleva implícitamente la vigencia del principio de prohibición de regresividad, que genera para el Estado Plurinacional de Bolivia, la prohibición de retroceder o limitar arbitrariamente derechos que ya tuvieron un avance progresivo en el derecho internacional de los derechos humanos.

De la misma manera, el artículo 13.IV de la Constitución²⁶ es otra pauta constitucionalizada de interpretación de derechos, ya que esta consagra la interpretación de derechos en armonía con el parámetro de convencionalidad. En este contexto, el art. 63 de la Constitución, no debe ser interpretado de manera aislada, sino que también deberá considerar los alcances del art. 13.IV, por lo que la protección jurídica a parejas del mismo sexo, deberá ser realizada a la luz del parámetro de convencionalidad, en ese marco, sin duda

²⁴ En la Opinión Consultiva 24/17: “LA CORTE, DECIDE por unanimidad, que: 1. Es competente para emitir la presente opinión consultiva, en los términos establecidos en los párrafos 13 a 29. Y ES DE OPINIÓN por unanimidad, que: (...)6. La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199”.

²⁵ El 18 de mayo de 2016 la República de Costa Rica con fundamento en los artículos 64.1 y 64.2 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en los artículos 70 y 72 del Reglamento, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1 del mismo instrumento. En esta opinión consultiva se abordaron dos temas: 1) El reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón a identidad de género; 2) Los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de Noviembre de 2017, Solicitada por la República de Costa Rica).

²⁶ Art.13.IV: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno (...)” (CONSTITUCIÓN BOLIVIANA, 2009).

la Opinión Consultiva 24/2017, forma parte de este parámetro de convencionalidad, que es una pauta específica de interpretación consagrada por la Constitución democrática de 2009. Este artículo, además, conlleva la aplicación del control de convencionalidad, que de manera específica –por su importancia en las Constituciones democráticas- será abordada más adelante.

El art. 196.II de la Constitución es otra cláusula de interpretación diseñada por el Constituyente, su contenido manda al Tribunal Constitucional Plurinacional interpretar la Constitución “con preferencia”, según la voluntad del constituyente y el tenor literal de su texto. En este marco Andaluz Vegacenteno²⁷ señala que la voluntad del constituyente, se identifica a la interpretación histórica, a través de la cual el significado de las disposiciones constitucionales debe justificarse en la voluntad del constituyente, porque el derecho es expresión de las fuentes materiales condicionantes de la intención constituyente, lo que supone que en esta tarea de interpretación el intérprete constitucional debe indagar esas fuentes materiales traducidas en los documentos, actas y resoluciones pronunciadas en la asamblea constituyente, con el advertido, según el autor, que el Tribunal Constitucional “no está atado a lo que la Asamblea quiso decir, sino a las razones que la llevaron a decir lo que dijo, como fuente de justificación del significado jurídico de una disposición”.

Ahora bien, conforme sostienen Viciano y Martínez Dalmau²⁸, desde los axiomas democráticos, el fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico sólo puede encontrarse en que la Constitución es el mandato de un constituyente democrático, y refleja su voluntad. En este contexto el poder constituyente sólo puede ser democrático cuando el sujeto constituyente es el pueblo. Una Constitución que no es democrática, será una Constitución de las élites y no del pueblo, de ahí que esa legitimidad, brindada por los procesos constituyentes basados en la soberanía que reside en el pueblo, se fundamenta siempre en el respeto a derechos fundamentales.

Por ello esa voluntad constituyente a la que hace referencia el art. 196.II de la Constitución boliviana es la de un poder constituyente democrático respetuoso de los derechos del sujeto constituyente: el

²⁷ ANDALUZ VEGACENTENO, 2013, p. 13 y ss.

²⁸ VICIANO Y MARTÍNEZ DALMAU, 2013, p. 80-81.

pueblo, que elige una asamblea constituyente para crear una Constitución, que bajo ningún contexto puede ser represiva de los derechos de ese sujeto constituyente. Entonces, la lectura del art. 63 de la Constitución debe encontrar esa voluntad constituyente, cuya naturaleza es democrática y garantista de derechos, no represiva. Por lo que la vinculación a la voluntad constituyente, como pauta de interpretación, es otra pauta esencial para sustentar la protección de derechos de las personas con orientación sexual diferente a la heterosexual, porque proviene de una Constitución democrática, cuya voluntad popular se fundamentan en el respeto a derechos fundamentales; es decir, a potenciar su constante evolución, no otra cosa supone vincularse al continuo desarrollo de los derechos a través de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y a su constante progresividad, conforme ya se ha visto con las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos, previstas en los arts. 13.I, 13.IV y 410 de la Constitución.

Por su parte, el art. 256 de la Constitución democrática boliviana de 2009²⁹, es la otra pauta esencial de interpretación de derechos, que corrobora el carácter progresivo de un poder constituyente democrático. Esta disposición constitucional contiene dos aspectos esenciales para la temática ahora abordada: El principio de favorabilidad y el método de aplicación preferente de derechos. En efecto, el principio de favorabilidad, implica que las autoridades jurisdiccionales, deben interpretar los derechos de manera más favorable y progresiva, en ese orden, esta favorabilidad es interdependiente al artículo 14.II que consagra a sectores históricamente discriminados o en desventaja material, por lo que la favorabilidad consagrada en el art. 256 de la Constitución, tiene la finalidad de asegurar la igualdad material de estos sectores evitando cualquier tipo de discriminación o trato diferenciado arbitrario.

En la perspectiva antes anotada, el artículo 63 de la Constitución debe ser interpretado no de manera restrictiva, porque esta interpretación sería contraria a la pauta consagrada en el 256 de la Constitución, sino por el contrario, la autoridad jurisdiccional,

²⁹ El artículo 256 de la Constitución establece: “I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta” (CONSTITUCIÓN BOLIVIANA, 2009).

debe interpretar dicha disposición de manera progresiva y favorable especialmente a las personas con orientación sexual diferente a la heterosexual, para evitar así tratos discriminatorios fundados en esta condición.

El razonamiento anotado, tiene fundamento en la Constitución democrática de 2009, ya que el carácter legítimo y democrático del proceso constituyente, al consagrar en la Constitución las pautas constitucionalizadas de interpretación, asegura el respeto a grupos históricamente discriminados que podrían ser minorías o estar invisibilizados en sociedades patriarcales como la boliviana.

Corresponde precisar que interpretar los derechos contenidos en la Constitución conforme a los tratados sobre derechos humanos implica también que deberá tomarse en consideración las pautas y criterios interpretativos que las normas internacionales de derechos humanos contienen. Así de conformidad con lo previsto en el art. 29.b de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), al aplicar e interpretar los derechos humanos, por ende, los derechos fundamentales, deberá acudirse siempre a la norma y a la interpretación más amplia, extensiva y favorable, que garantice la plena vigencia de los derechos y que desarrolle en mejor forma el contenido del derecho. A esto debe añadirse que también deberá acudirse a los principios y criterios de interpretación que han sido desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que no sólo los tratados sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, sino también los precedentes de la Corte Interamericana, como órgano competente para interpretar y aplicar la CADH, según ya se ha señalado.

Lo expresado hasta este punto, responde la pregunta formulada: ¿Puede una Constitución democrática vulnerar derechos de las minorías o de sectores históricamente discriminados? La respuesta es contundente: Las Constituciones democráticas como la boliviana no vulneran derechos de las minorías o de sectores históricamente discriminados como ser las personas LGBTI, para este efecto, las pautas constitucionalizadas de interpretación son las herramientas constitucionales legitimadas por estas Constituciones y por ende se configuran como los mecanismos democráticos que evitan regresividad en derechos y que aseguran el respeto a derechos en el marco de la progresividad y la favorabilidad.

4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD LEGITIMADO POR LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DE 2009

La temática abordada en este trabajo, quedaría incompleta si no se desarrolla el capítulo referente al control de convencionalidad y su importancia en las Constituciones democráticas para asegurar la eficacia de derechos en el marco de los principios de progresividad y favorabilidad.

Como ya se señaló precedentemente, la Constitución democrática boliviana de 2009, asegura el ejercicio del control de convencionalidad de acuerdo a las pautas de interpretación contenidas en los arts. 13.I, 13.IV y 256 de la Constitución, este ejercicio del control de convencionalidad también debe ser realizado de acuerdo a la evolución de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que esta doctrina, tiene génesis en esta instancia jurisdiccional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrolló como precedente y por primera vez la doctrina del control de convencionalidad en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*³⁰, en esta sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que todas las autoridades judiciales de los Estados miembros del Sistema Interamericano de protección a Derechos Humanos, en el marco del principio de efectividad deben ejercer control de convencionalidad, es decir, en casos en los cuales exista contradicción entre sus normas internas con el parámetro de convencionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en caso de ser este más favorable, deben aplicarlo con preferencia³¹.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, parr. 123. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (13/4/2018)

³¹ De manera textual la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: "...los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"

Posteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*³², estableció que este control de convencionalidad debe ser ejercido por los jueces no solo a petición de parte sino *ex officio*³³.

En esta evolución de la línea de pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cabe destacar también que esta instancia en el caso *Cabrera García vs. México*³⁴, señaló que no sólo las autoridades judiciales, sino también las y los servidores debían ejercer control de convencionalidad en el contexto del sistema de control de constitucionalidad vigente en cada Estado.

Sauma Zankys³⁵ sostiene que el fundamento de este criterio de interpretación radica en la obligación del Estado boliviano, de compatibilizar el derecho interno con el derecho internacional sobre derechos humanos, y de efectuar una interpretación integral de ambos, conciliando ambas fuentes de derechos (la internacional y la nacional), para formar un único sistema de derechos; de ahí que estos Pactos, precisamente, formen parte del bloque de constitucionalidad, y que la jurisprudencia de la Corte Interamericana, haya establecido como obligación de jueces, tribunales y autoridades, al control de convencionalidad, en virtud a los principios de la *pacta sunt servanda* y del efecto útil de la Convención.

Ahora bien, la Constitución democrática de 2009, diseña un *sistema plural de control de constitucionalidad*, en el cual, en la base, es decir como primeros garantes de los derechos consagrados por el bloque de constitucionalidad, se encuentran los jueces, todo servidor o servidora pública y también las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, así como el Tribunal Constitucional

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Trabajadores cesados vs. Perú parr. 158. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

³³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control debe ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones” (resaltado propio)

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García vs. México. Sentencia Disponible en http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343. (13/4/2018).

³⁵ ZANKYS, 2014.

Plurinacional que es el último y máximo garante de los derechos en el marco de la doctrina del bloque de constitucionalidad³⁶.

De acuerdo a lo afirmado, el artículo 109.I de la Constitución democrática de 2009, consagra el principio de aplicación directa de derechos, principio que debe ser entendido en el contexto de las pautas constitucionalizadas de interpretación antes desarrolladas; así, al estar directamente relacionado el principio de aplicación directa de derechos con el sistema plural de constitucionalidad, se concluye que en el caso boliviano, todas las autoridades judiciales de la jurisdicción ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y todo servidor o servidora pública, así como el Tribunal Constitucional Plurinacional como último y máximo garante del bloque de constitucionalidad, deben ejercer control de convencionalidad, para asegurar así la progresividad y favorabilidad de derechos, especialmente de aquellas personas que se encuentran en situación de desventaja material o protegidas por los criterios prohibidos de discriminación.

Por lo afirmado, se concluye además señalando que para la temática de protección jurídica a las parejas del mismo sexo, es esencial abordar la doctrina del control de convencionalidad ya que en la judicialización de sus derechos especialmente cuando la problemática implique analizar el art. 63 de la Constitución, la autoridad jurisdiccional deberá necesariamente ejercer de oficio y de acuerdo a las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, este control de convencionalidad, el cual encuentra sustento y legitimidad en una Constitución democrática que emerge de un legítimo proceso constituyente que merced a las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos y a través de la herramienta del control de convencionalidad, asegura el respeto a derechos de minorías o grupos históricamente discriminados, aunque estos no hayan sido mayorías en el proceso constituyente.

5. CONCLUSIONES

En el marco de todo lo aquí expuesto puede concluirse que el constitucionalismo democrático legitimado por procesos constituyentes

³⁶ Así quedó precisado en la SCP 112/2012, pronunciada por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En el marco de lo señalado, los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, plausibles especialmente a partir de las Constituciones democráticas de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, marcan un hito esencial para el constitucionalismo democrático con raíces en esta parte del continente, especialmente por los procesos constituyentes que vieron nacer a estas Constituciones.

busca consolidar un Estado Constitucional no formal sino material, en el cual, la eficacia de los derechos fundamentales es el máximo ideal de las Constituciones democráticas.

En el marco de lo señalado, los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, plausibles especialmente a partir de las Constituciones democráticas de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, marcan un hito esencial para el constitucionalismo democrático con raíces en esta parte del continente, especialmente por los procesos constituyentes que vieron nacer a estas Constituciones.

En el caso boliviano, la Constitución democrática de 2009 que nació merced al proceso constituyente que en base a mayorías democráticamente organizadas consensuó y aprobó el texto constitucional, garantiza plenamente el respeto a derechos de minorías, especialmente de aquellas comprendidas en sectores históricamente discriminados como es el caso de personas gays o lesbianas, en este horizonte, esta Constitución democrática que enarbola un constitucionalismo democrático en el ámbito latinoamericano, introduce mecanismos eficaces para la protección de estos derechos: Las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos y el ejercicio del control de convencionalidad.

Los mecanismos antes señalados, protegen a minorías o sectores históricamente discriminados, aspecto que refuerza la legitimidad de la Constitución democrática de 2009, por tanto, las autoridades jurisdiccionales en la diversidad de jurisdicciones, todo servidor o servidora pública y también el Tribunal Constitucional Plurinacional deben sin duda garantizar derechos de las parejas del mismo sexo de acuerdo a estos dos criterios, es decir, deben aplicar las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos y deben ejercer control de convencionalidad.

En coherencia con lo señalado, los problemas jurídicos vinculados con el artículo 63 del texto constitucional que brinda protección jurídica a parejas conformadas por hombres y mujeres unidos por el matrimonio o la unión conyugal libre, no puede interpretarse restrictivamente, sino más bien, en esta temática debe brindarse la protección debida en el marco de las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos y de acuerdo al control de convencionalidad que en la temática debe ejercerse.

Lo establecido anteriormente tiene dos consecuencias esenciales:

Primero – La protección jurídica a parejas del mismo sexo en cuanto a los efectos personales o patrimoniales que puedan generar su unión, no necesitan una reforma constitucional, porque la Constitución democrática de 2009, tal como ya se explicó, prevé mecanismos para la plena vigencia de derechos de minorías o sectores históricamente discriminados a través de las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos y mediante el ejercicio del control de convencionalidad.

Segundo – El artículo 63 de la Constitución debe interpretarse de acuerdo al avance que en el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos ha tenido en cuanto a la protección jurídica a derechos de parejas del mismo sexo, en ese marco, los estándares más altos en esta temática están contenidos en la Opinión Consultiva 24/2017 que en ejercicio del control de convencionalidad aquí explicado debe ser aplicada de manera directa y preferente por las autoridades jurisdiccionales y por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

REFERÊNCIAS

ANDALUZ VEGACENTENO, H. (2014). *Acción de inconstitucionalidad*. Consultado 21-Jul- 2014. Recuperado de: <http://econstitucional.com/ensayos/Acci%C3%B3n%20de%20insconstitucionalidad,%20H.%20Andaluz.pdf>.

ATTARD BELLIDO, M E. (2017). *Argumentación y juzgamiento con perspectiva de despatriarcalización*. La Paz, Bolivia: Fundación Construir.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2018. Informe disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

CONSTITUCIÓN BOLIVIANA, 2009. *Constitución Política del Estado (CPE) (7-Febrero-2009)*. Disponible en: <https://sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/01.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva Oc-24/17, de 24 de noviembre de 2017*. Solicitada Por La República De Costa Rica Identidad De Género, E Igualdad Y No Discriminación A Parejas Del Mismo Sexo. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile, parr. 123*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia Trabajadores cesados vs. Perú parr. 158*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cabrera García vs. México*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nid_Ficha=343

FERRAJOLI, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid, España: Editorial Trotta. Trad. Perfecto Andrés Ibañez.

KALYVAS, A. (2005). Soberanía popular, democracia y el poder constituyente. *Política y gobierno*. XII (1), 91-124.

LASALLE, F. (1989) *¿Qué es una Constitución?*. Barcelona, España: Ariel.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). *El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo*. *Revista General de Derecho Público Comparado* (11), 1-15. Recuperado de: https://www.academia.edu/1803158/El_ejercicio_del_poder_constituyente_en_el_nuevo_constitucionalismo

PRIETO SANCHIS, L. (2002). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima- Perú: Palestra Editores.

PISARELLO, G. (2014). *Procesos Constituyentes. Caminos para la Ruptura Democrática*. Madrid, España: Editorial Trotta.

SCHAVELSON, S. (2012). *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*. La Paz, Bolivia: Editorial Plural.

ZANKYS G., S. (2014). Los presupuestos constitucionales para la interpretación de la ley y la valoración de la prueba. Documento presentado para la Escuela de Jueces en el Curso semipresencial: “*Valoración de la prueba y redacción de Resoluciones en materia agroambiental*”. Versión en PDF.

VICIANO R. P. Y MARTÍNEZ DALMAU R. (2013), *La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo*

constitucionalismo. *En El Otro Derecho*, 48, 63-84. Recuperado de: https://www.academia.edu/9744793/_La_Constituci%C3%B3n_democr%C3%A1tica_entre_el_neoconstitucionalismo_y_el_nuevo_constitucionalismo_en_El_Otro_Derecho_no_48_2013_p%C3%A1gs._63-84._Con_Roberto_Viciano_Pastor

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Protocolo-de-Genero-FINAL_Optimize.pdf

LA CONSTITUCIÓN Y LAS EMOCIONES: RELATO ALTERNATIVO DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL CONSTITUCIONALISMO

**Maria Cristina
Gómez Isaza**

Profesora de la Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad de Antioquia.
Doctora en Derecho,
Universidad de Pamplona
– España. Medellín,
Antioquia, Colômbia.
mcristina.gomez@ udea.
edu.co.

Recibido: maio 29, 2019

Aceito: abril 15, 2020

A Constituição e as Emoções:
Relato alternativo da Constituição
e do Constitucionalismo

The Constitution and Emotions:
An alterative essay on the Constitution
and the Constitutionalism

RESUMEN

Este escrito busca describir el relato patriarcal y machista creado por el racionalismo ilustrado y por el constitucionalismo liberal. Las pasiones y las emociones acudieron a la construcción de la Constitución como intereses de tipo económico y egoístas radicados en los hombres blancos y propietarios. Es momento de encontrar una alternativa emocional que interprete la Constitución bajo principios de libertad femeninos y de igualdad material. Para ello se hará un recorrido por la dependencia de la pasión a la razón en la construcción de la democracia (supremacía de lo masculino sobre lo femenino), las razones y las pasiones del constitucionalismo para proponer la revisión de las relaciones de igualdad entre razón y emoción para construir debates igualitarios.

Palabras claves: Constitucionalismo; Pasiones y Razones; Constitución y Emociones.

Resumo

Este artigo procura descrever a narrativa patriarcal e machista criada pelo racionalismo iluminado e pelo constitucionalismo liberal. As paixões e as emoções chegaram à construção da Constituição como interesses econômicos e egoístas, baseados em homens e proprietários brancos. É hora de encontrar uma alternativa emocional que interprete a Constituição sob os princípios da liberdade feminina e da igualdade material. Para isso, será feito um resgate da dependência da paixão e da razão na construção da democracia (supremacia do masculino sobre o feminino), dos motivos e paixões do constitucionalismo para propor a revisão das relações de igualdade entre razão e emoção para construir debates igualitários.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Paixões e Razões; Constituição e Emoções.

Abstract

This writing seeks to describe the patriarchal and macho narrative created by enlightened rationalism and liberal constitutionalism. Passions and emotions came to the construction of the Constitution as selfish and economic interests based on white men and owners. It is time to find an emotional alternative that interprets the Constitution under the principles of feminine freedom and material equality. For this, a tour will be made of the dependence of passion on reason in the construction of democracy (supremacy of the masculine over the feminine), the reasons and the passions of constitutionalism to propose the revision of the relations of equality between reason and excitement to build egalitarian debates

Keywords: Constitutionalism; Passions and Reasons; Constitution and Emotions.

INTRODUCCIÓN

No hay nada en el mundo que sea capaz de hacer si de ayudar a las personas por quienes siento cariño se trata. Te aseguro que no soy de las que quieren a medias. Mis sentimientos siempre son profundos y arraigados¹.

El liberalismo es una ideología racional de contenido masculino, es y ha sido el fundamento del relato político de la democracia moderna con argumentos basados en la lógica de medios- fines y de cálculos de éxito o fracaso en favor de los intereses particulares de los varones, blancos, propietarios.

¹Jane Austen, 1817.

Esta reflexión que propongo utiliza a la pasión y los sentimientos que han estado solapados por la racionalidad masculina, pues para ésta, la política y el Derecho desdeñan a las emociones por ser sinónimo de locura.

El constitucionalismo tiene por fin el control al poder, que sólo se logra mediante la separación de poderes y la creación de derechos de libertad. Tanto el derecho constitucional como la teoría de la Constitución se han construido bajo ese mismo relato racional masculino de medios y fines; es en este sentido racional la Constitución el mejor medio para lograr el control al poder y asegurar el predominio de los intereses liberales de los varones burgueses.

Esta narrativa por tanto es excluyente de lo sensible, establecerá con sus razones dicotomías inconciliables como la división de la esfera de lo público y la esfera de lo privado, la diferencia entre la legalidad y la ilegalidad, la distinción entre lo constitucional y lo inconstitucional.

En este artículo quisiera sugerir otra reflexión acerca de la ideología del Constitucionalismo diferente a la reflexión institucionalista y masculina que ha sido tradicional en nuestra cultura jurídica – política, una reflexión no sesgada y excluyente como el dominante hasta ahora de la ideología liberal racional e ilustrada que ha privilegiado los intereses masculinos.

Esta reflexión que propongo utiliza a la pasión y los sentimientos que han estado solapados por la racionalidad masculina, pues para ésta, la política y el Derecho desdeñan a las emociones por ser sinónimo de locura. El sentimiento que propongo son las pasiones y emociones que hacen parte de la construcción de nuestros pensamientos y son los motivos de nuestras acciones, éstos, son el motor y la energía de nuestra voluntad en los espacios en los que nos relacionamos con los demás.

Con esta propuesta emocional del constitucionalismo se busca transgredir la asimetría entre hombre y mujer, así mismo, develar el interés masculino en mantener lo femenino al margen de la política, de la democracia y de la construcción de lo público.

Para ello quiero hacer evidente el rol protagónico de los sentimientos que acudieron a la construcción de la ideología del constitucionalismo liberal que los varones se encargaron de mantenerlos al margen de la política en la construcción de la democracia; resaltar además como el papel de lo afectivo fue usurpado por la razón, lo que reprodujo el interés de mantener la sumisión de la mujer al hombre; hacer el reconocimiento del poder que emerge de las emociones y de las pasiones y de su mano hacer explícito el empodera-

miento de lo femenino en la política y en el constitucionalismo en el momento actual.

No quiero reproducir el sentido violento de exclusión que ha sido utilizado por la razón masculina y que ha creado una nueva tensión inconciliable y dicotómica; en este constitucionalismo emotivo no se pretende defender el poderío de la pasión por encima de la razón, intenta describir la necesaria relación de igualdad de ambas capacidades racionales y afectivas en la condición humana. Estamos obligados a buscar un nuevo horizonte no dicotómico entre razón y pasión² para interpretar los proyectos democráticos y las Constituciones y con ello hacer efectiva la igualdad de géneros en los mismos.

Para lo anterior, quisiera partir de tres realidades:

1. Hemos “desdeñado” el sentimiento, la pasión y los afectos como parte de nuestro quehacer político y de nuestro papel como ciudadanas para darle el protagonismo a la razón, particularmente a la ilustrada.
2. El sentimiento, la pasión y las emociones como realidades humanas compartidas, nos identifican como seres humanos que existimos arrojados a un destino que no podemos controlar. En el sentimiento, en la pasión y en las emociones, encontramos el sentido de la igualdad y su contenido genuino de identidad en nuestra fragilidad, sin necesidad de acudir a relatos eruditos o funcionales de justificación o explicación, simplemente se necesita existir y sentir, a su vez sentir la existencia del otro para entender que tenemos los mismos miedos, angustias, simpatías o aversiones.
3. La construcción del discurso racional del constitucionalismo estuvo mediada y tocada por los sentimientos y las pasiones. Si buscamos revivir el compromiso por la igualdad y la libertad sustento de la democracia debemos acercarnos a la construcción de sus contenidos con la sensibilidad de lo humano³.

Por lo anterior, la ruta que se emprenderá para encontrar un diálogo provocador entre la razón y la pasión en el constitucionalismo y

² MAIZ, 2010, p. 15.

³ GÓMEZ ISAZA, 2018, p. 261.

La cultura occidental en la modernidad ha creado el concepto de verdad, de ciencia y de política con la razón; dichos conceptos universales y abstractos han dejado a la pasión y a los sentimientos ocultos de los diálogos sociales, reservando sus espacios a lo privado.

en la construcción emotiva de la democracia, inicia en una primera parte con la descripción de las ideas básicas de la sumisión del sentimiento (la supremacía de lo masculino sobre lo femenino); posteriormente se definirán las razones del constitucionalismo y las emociones (el ascenso de lo femenino para alcanzar la igualdad) para finalizar con la necesaria revisión de relaciones de igualdad entre razón y emoción para construir debates igualitarios y de equidad de género en la vivencia afectiva de la Constitución.

1. PRIMER PARTE: EL DESDÉN POR EL SENTIMIENTO Y POR LA PASIÓN: LA SUPREMACÍA DE LO MASCULINO SOBRE LO FEMENINO

La historia nos muestra que los hombres siempre han ejercido todos los poderes concretos, desde los primeros tiempos del patriarcado, han juzgado útil mantener a la mujer en un estado de dependencia; sus códigos se han establecido en contra de ella; y de ese modo la mujer se ha constituido como lo Otro.⁴

La cultura occidental en la modernidad ha creado el concepto de verdad, de ciencia y de política con la razón; dichos conceptos universales y abstractos han dejado a la pasión y a los sentimientos ocultos de los diálogos sociales, reservando sus espacios a lo privado.

La Constitución ha sido parte del discurso racional del constitucionalismo, que como técnica de control al poder, asumió la necesidad de dividir las funciones del poder y atribuir las a órganos separados además de la consagración de derechos de libertad⁵. La Constitución y el Derecho, ocultaron la separación entre lo femenino y lo masculino, entre el poder del varón y la dependencia de la mujer, además, señalaron los espacios en las que ésta podía habitar y entregó los contenidos de libertad y derechos a los hombres.

Este discurso coincide con el gobierno cooptado y “justificado” de los hombres, gobierno que reguló las formas de la democracia representativa en favor de sus intereses masculinos y que permitió la atribución exclusiva de los derechos políticos a los varones.

Esta victoria de lo masculino en las instituciones de la democracia de representación nos dejó a las mujeres relegadas a las relaciones pri-

⁴ DE BEAUVOIR, 2017, p.139.

⁵ BOBBIO, 1991.

El desdén por la pasión reflejado en la política liberal y en el constitucionalismo es una de las estrategias utilizadas por lo masculino para opacar lo femenino, mantener además de la invisibilización, la exclusión, la jerarquía y la supremacía de las decisiones masculinas en política y en el ejercicio de los derechos fundamentales.

vadas y de familia, pues no solo estábamos privadas de los derechos políticos, también de los derechos civiles, pues una vez la mujer contraía matrimonio (suscribía el contrato de matrimonio) perdía la capacidad civil. Así las cosas, sin derechos políticos y sin derechos civiles, el papel político de la mujer fue confinado a las labores de la crianza de los hijos y del cuidado del hogar.

Fue la razón la que determinó la exclusión de las mujeres de los debates y de la participación en política, la razón masculina construyó la democracia, institucionalizó el Estado y el derecho sin escuchar las voces femeninas en la construcción de lo público y de lo colectivo.

El desdén por la pasión reflejado en la política liberal y en el constitucionalismo es una de las estrategias utilizadas por lo masculino para opacar lo femenino, mantener además de la invisibilización, la exclusión, la jerarquía y la supremacía de las decisiones masculinas en política y en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Plantearé tres reflexiones con el fin de describir el desdén por los sentimientos y por la pasión en la construcción de la democracia o el relato político de exclusión y sumisión femenina: la pasión, el sentimiento o entusiasmo se identifican con la parte más frágil de la condición humana y su discurso alternativo “las mujeres no deben gobernar”; la pasión y el sentimiento se identifican con locura cuyo discurso paralelo es “las mujeres no tienen inteligencia racional”; finalmente los gobiernos despóticos han apelado a las pasiones y en su ejercicio han atropellado la dignidad humana como discurso subliminal “la culpa es de la pasión, la culpa es femenina, el error es masculino”.

Emplearemos los términos emoción, pasión o sentimiento como sinónimos, sólo a los limitados efectos de nuestro objetivo en estas páginas, de la estructuralmente proscrita dimensión afectiva de la política.

A. La fragilidad de la pasión y de los sentimientos - las mujeres no deben gobernar:

Existe un principio bueno que ha creado el orden, la luz y el hombre, y un principio malo que ha creado el caos, las tinieblas y la mujer.

Hemos asumido que la condición humana se debate en la dualidad espíritu y cuerpo, la razón es el espíritu y el cuerpo la pasión,

dualidad que se refleja también entre hombre – razón y mujer – sentimiento o entre hombre espíritu – mujer cuerpo; la parte fuerte de nuestra condición humana pertenece a la razón que debe dominar a la pasión, el espíritu debe dominar al cuerpo, que traduce finalmente el dominio de lo masculino y la dependencia de lo femenino en las relaciones interpersonales, sociales y políticas.

En la construcción del Estado moderno, del derecho y de la democracia, estos argumentos se mantienen bajo la razón, esta es considerada como la verdad, ilumina el camino del conocimiento, a su vez, la pasión es algo externo, confuso y oscuro que significa minoría de edad o inmadurez; la pasión además, no puede ser justificada en un diálogo o debate entre seres humanos que quieren acceder a la comunicación de la verdad y del conocimiento de la misma; la pasión por lo tanto sólo puede ser manifestada en la esfera de lo privado.

Maiz⁶ describe las siguientes dicotomías construidas bajo la preeminencia de la razón y el desdén por la pasión y las emociones:

Mente – Cuerpo; Res cogitans - Res extensa; Pensamiento – Sentimiento; Cognitivo-Afectivo; Cabeza-Corazón; Objetivo – Subjetivo; Racional-Irracional; Calvinismo- Pietismo; Consciente- Inconsciente; Literal – Metafórico; Activo- Pasivo; Control- Automatismo; Juicio –Prejuicio; Autonomía – Dependencia; Lucidez – Ofuscación; Cordura – Sinrazón; Constructiva – Destructiva; Imparcialidad - Faccionalismo Justicia Arbitrariedad Ilustración Romanticismo Ciencia Arte Civilización Naturaleza; Universal –Particular; Moderno – Primitivo; Intereses – Pasiones; Cálculo – Impulso; Negociable-Innegociable, Individuo - Multitud Masa; Civismo – Nacionalismo; Liberalismo –Populismo; Consenso – Conflicto; Libertad –Tiranía; Orden – Desorden; Coherencia – Incoherencia; Estabilidad- Inestabilidad; Trabajo – Sensualidad; Apolíneo – Dionisiaco; Poder –Debilidad; Público – Privado; Masculino – Femenino.

Esa fragilidad de la pasión ante la razón magnificada y exacerbada por la modernidad, tiene su origen en la antigüedad. Tanto Platón como Aristóteles consideraron que la razón es la condición necesaria para alcanzar la virtud. La virtud sólo puede ser lograda por los varones ciudadanos, quienes son los únicos dotados de razón; quedan excluidos de la posibilidad de acceder a ésta y al conocimiento de la verdad los niños, los esclavos y las mujeres. El logos logra el

⁶ MAIZ, 2010.

control y el dominio de la afectividad por medio de la racionalidad y el logos sólo lo tienen los hombres ciudadanos y libres.

Considero más valiente al que conquista sus deseos que al que conquista a sus enemigos, ya que la victoria más dura es la victoria sobre uno mismo” o en el caso concreto del derecho “La ley es razón sin deseo⁷.

En la distinción antigua entre lo racional y lo irracional del alma humana se encuentra entonces el origen de la discriminación que se ha mantenido a lo largo de la historia de la humanidad entre lo masculino y lo femenino, entre juventud y madurez y otra solapada entre quienes son propietarios y quienes subsisten de su trabajo.

La relación razón – pasión es de dominio y dicha jerarquía establece la diferencia inconciliable entre lo bueno que es lo racional y lo malo es lo sentimental o afectivo pues allí no existe más que debilidad.

La modernidad es donde la razón construye su victoria sobre la pasión y las emociones en la teoría del conocimiento, pero no se queda con este triunfo en lo cognitivo, la razón se lleva todo y gana también en el proceso de la construcción del Estado y en el de su legitimación democrática y en el proceso de discriminación de la mujer.

Para la época de la creación del Estado de derecho en la modernidad, la relación razón – pasión ya no es de dominio sino de exclusión, con consecuencias radicales de desconocimiento de dichas pasiones y emociones, a tal punto que el conocimiento y el acceso a la verdad sólo se lograba por medio de la razón, la pasión por su parte oscurece, entorpece el proceso de acceso a la verdad y al conocimiento.

La versión fuerte del concepto de racionalismo en la modernidad es construida por Descartes, quien paradójicamente fue asesor de una de las reinas que propusieron el despotismo ilustrado. Cristina de Suecia quiso crear una justificación del poder absoluto fundamentada en razones, como la obligación moral de los monarcas de velar por su pueblo: “todo por el pueblo, pero sin el pueblo”. La historia relatará posteriormente que el interés político de la Monarca Sueca cedió por amor al abdicar finalmente en favor de su primo.

Descartes crea el relato de la exclusión de la pasión y terminó apasionado por la razón, ya que esta era el instrumento para acceder a la verdad, que ilumina todas las realidades humanas y sus dimensio-

⁷ ARISTÓTELES, 1994, p. 76.

nes sociales, políticas y éticas.

La realidad del ser humano es su pensamiento o conciencia, estas ideas o pensamientos deben ser dotados de razón. Se debe dudar, como inicio de un proceso de conocimiento al que se convoca a la razón, porque las ideas en sí mismas no son ciertas. La condición humana duda, entiende, concibe, afirma, niega, quiere, no quiere, imagina y siente y solo la razón puede dar un orden a las ideas y al conocimiento de la verdad⁸.

Esta versión de supremacía de la razón es trasladada a la supremacía del espíritu –razón sobre cuerpo – pasión, esto se advierte en la tercera máxima del discurso del método⁹:

tratar de vencerme siempre a mí mismo antes que a la fortuna, en procurar cambiar mis deseos antes que el orden del mundo, y, en general, a acostumbrarme a creer que no hay nada que este enteramente en nuestro poder más que nuestros pensamientos¹⁰.

La regla dos del discurso del método establecerá el orden racional del conocimiento:

(regla II) Solo hemos de ocuparnos de aquellos objetos para cuyo conocimiento cierto e indudable parecen ser suficiente nuestra mentes (...) Rechazamos todos los conocimientos que no son más que probables y declaramos que no hay que dar crédito más que a lo que es perfectamente conocido y aquello de lo que no se pueda dudar¹¹.

Solo la razón accede a la verdad por medio del yo pensante, solo se existe si se piensa, pero una existencia en la verdad sólo se logra si podemos partir de lo que pensado no es comprobable pues se tiene por cierto y que podemos aprehender enderezando al pensamiento del todo a sus partes¹².

La relación de sumisión de la pasión a la razón se encuentra en Kant¹³, quien distingue tres tipos de facultades: la razón, la sensibilidad y el entendimiento. La ruptura de la razón desde su criticismo reconduce la experiencia como presupuesto de la razón, las expe-

⁸ DESCARTES, 1983.

⁹ DESCARTES, 1983.

¹⁰ DESCARTES, 1983, p. 65-66.

¹¹ DESCARTES, 1983, p. 146.

¹² DESCARTES, 1983, p. 77.

¹³ KANT, 2016.

riencias sensibles del hombre crean razones, el uso de la razón permite conocer el mundo.

Para Kant la razón teórica accede al conocimiento de los objetos y los fenómenos de la realidad sensible, esta no puede acceder a los objetos que están por fuera de la experiencia como Dios, el alma, el yo pensante, la sustancia. La razón práctica se ocupa de la moral y de las costumbres, estas pueden ser racionalizadas bajo principios superiores, todo ello puede ser encausado por la razón y es la inteligencia quien puede medir de alguna forma la moralidad de las personas, los principios pueden encauzar de manera adecuada la conducta del ser humano.

La distinción entre razón y emoción también se encuentra en Pascal que en el texto “Pensamientos” diferencia entre dos tipos de espíritu: entre espíritu geométrico (la razón) y espíritu de la sutileza (el sentimiento o la emoción), con el fin de demostrar que la existencia de Dios no le corresponde a la razón:

el espíritu geométrico ayuda a captar las verdades unívocas, cuantitativas, utiliza la lógica y la deducción es el método propio de las ciencias; a su vez el espíritu de la sutileza o de la finura se caracteriza por el uso de las intuiciones, de los sentimientos para captar verdades ambivalentes y cualitativas, no utiliza la demostración, las reglas y es un método propio de la vida, las ciencias humanas, la estética y la moral. Es el corazón el que siente a Dios y no la razón “el corazón tiene razones que la razón no conoce¹⁴.

Este desdén por la pasión, su relación excluyente y de jerarquía tuvo su explicación en el contexto político fundamento de sus relatos: conjurar el fanatismo religioso heredado de la edad media y arrebatarse el poder a la iglesia católica con sus dogmas.

Bajo el anterior pretexto, la razón se “entronizó” y se constituyó en el fundamento de la construcción de la ética y de la moral, éstas convertidas en abstracciones rigurosas y matemáticas fueron utilizadas como argumentos para confrontar las legitimaciones de los gobiernos de tipo carismático y tradicional, también sirvieron como argumentos para invisibilizar a la mujer en la esfera de lo público y de la política.

¹⁴ PASCAL, 2001, p. 189.

El derecho de libertad nacerá con contenidos elitistas y de discriminación bajo ideales propios de los hombres, éstos empoderados de la verdad, de la ciencia y del gobierno, luego de su victoria contra los gobiernos absolutos se autoproclamaron en seres capaces de comprender la verdad por medio de la razón y alcanzar con ella un proyecto de vida propio.

En esta parte de las ganancias políticas masculinas las mujeres hacíamos parte de un grupo irracional de seres que dependían de un patriarca o pater familia que había logrado su liberación de las cadenas del absolutismo y de los dogmas oscuros de la religión, el varón con su razón ganó el Estado, la Constitución y el derecho con ideas de interés general, bien común, felicidad para el mayor número de seres racionales, voluntad general y representación.

El derecho de libertad nacerá con contenidos elitistas y de discriminación bajo ideales propios de los hombres, éstos empoderados de la verdad, de la ciencia y del gobierno, luego de su victoria contra los gobiernos absolutos se autoproclamaron en seres capaces de comprender la verdad por medio de la razón y alcanzar con ella un proyecto de vida propio.

Sin embargo, el discurso racional de esta ganancia masculina además de sesgado es incompleto pues negó varios sentimientos que acompañaron la victoria política burguesa, sentimientos no confesados como: el egoísmo, ánimo de lucro, el miedo a perder la propiedad, la expectativa de seguridad y certeza en las relaciones comerciales.

Esa versión masculina del Estado, de la Constitución y del derecho aparece signada por la violencia, la guerra, por la definición del otro como un sujeto sospechoso capaz de quitarnos lo propio. En esta versión el poder se interpreta como ganancia e imposición del guerrero vencedor.

El Estado entonces termina siendo identificado culturalmente con el ser masculino como algo natural y real, así lo describe Kelsen¹⁵ en la crítica que hace a la teoría organicista del Estado que le atribuye este sexo y lo distingue de la iglesia:

Finalmente, se plantea la cuestión en torno al sexo del Estado, y se afirma: El Estado es varón. Como es natural resulta imposible y superfluo fundamentar en la biología esta afirmación desconcertante, pues su sentido auténtico no pasa de ser un postulado político: téngase presente que al afirmarse el sexo masculino del Estado se dice al propio tiempo que el sexo femenino corresponde a la iglesia; así que todo lo que hay detrás de esta investigación de índole sexual es un capítulo de la política del derecho: el que determina que las relaciones entre el estado y la

¹⁵ KELSEN, 1979.

Iglesia se regulen de modo que corresponda a la tradicional supeditación de la mujer al varón¹⁶.

Las teorías del Estado describieron entonces a un sujeto poderoso, capaz de imponer su voluntad (soberanía) y de centralizar la fuerza, reflejo de la condición de varón creada por la cultura occidental; esta versión conservadora del Estado muestra de manera diáfana la aceptación de un argumento “irracional” pero políticamente sostenido por los intereses masculinos: La mujer no debe gobernar.

B. La pasión como sinónimo de locura que solo puede ser confesada – las mujeres no tenemos inteligencia racional:

Quando reflexionamos acerca de nuestras emociones, solemos imaginarlas como fuerzas que se adueñan de nosotros, por decirlo así, desde fuera. Frecuentemente, parecen tener poca relación con nuestros pensamientos, evaluaciones y planes.¹⁷

El interés masculino de apropiarse del poder para sí y para su género tenía que encontrar argumentos “racionales” para excluir a la mujer de la política, del Estado, de la Constitución, la razón jurídica fue la de la “incapacidad”, “solo los hombres como buenos padres de familia son capaces”, estas razones nos ubican en la esfera de lo privado, aparecimos entonces reflejadas en el Código Civil como parte de la familia y de los seres incapaces relativos dependientes de los hombres.

El anterior discurso excluyente se fundamentaba en que las mujeres no tenemos capacidad de raciocinio – razón y solo tenemos emociones; estas nos convierten en seres obnubilados e incapaces de descifrar intereses económicos. Somos incapaces de diálogos racionales y solo podemos hacer parte de diálogos emocionales.

Esta realidad humana y política nos deja en desventaja al momento de ser escuchadas nuestras razones, pues éstas se confunden con emociones y debemos cumplir con el argumento de que una pasión o emoción debe ser justificada y confesada (racionalizarla) si pretendemos hacerla explícita en algún tipo de diálogo entre seres racionales – varones.

¹⁶ KELSEN, 1979, p. 14.

¹⁷ NUSSBAUM, 2006, p.34.

Restringir la voz de mujer a los sentimientos, confesados en privado y bajo la idea de culpa fue el relato político del constitucionalismo moderno que discriminó a la mujer en los derechos de libertad en su contenido personal: libertad de expresión y en su contenido político: le negó el derecho al voto y a ejercer cargos públicos.

La pasión como locura es el argumento del racionalismo masculino que justificaba la restricción de los derechos políticos de las mujeres durante los siglos XVII y XIX en los que se construye la democracia representativa.

Manteníamos entonces para esa época nuestra realidad vital acallada, nuestras voces eran identificadas como pasiones y emociones que estaban albergadas en nuestro ser irracional al que debía tenerse alguna condescendencia. Sólo éramos tenidas en cuenta cuando tomábamos distancia de la pasión (dejábamos de ser parte de nuestro ser de mujer) y se nos permitía una discusión racional.

En el lenguaje del desdén a la pasión o de lo femenino se incluye un sacramento: las emociones no se argumentan se confiesan lo que determina su contenido de culpabilidad por sentir las. Las confesiones son hechas bajo el sentimiento de culpa en espacios de arrepentimiento, casi siempre ante otro que reitera tu culpa, te consuela por la fragilidad de tu razón y de manera autoritaria te absuelve, además de increparte y advertirte que no lo debes volver a hacer.

La confesión es algo privado, una vez asumo mi culpa por padecer una emoción o simplemente por sentir, la razón es la que nos perdona, siempre y cuando asumamos el compromiso de no volver a recaer en el sentimiento, finalmente todo lo sentido debe olvidarse.

Restringir la voz de mujer a los sentimientos, confesados en privado y bajo la idea de culpa fue el relato político del constitucionalismo moderno que discriminó a la mujer en los derechos de libertad en su contenido personal: libertad de expresión y en su contenido político: le negó el derecho al voto y a ejercer cargos públicos.

El Derecho, la Constitución y el constitucionalismo consagraron esta discriminación racionalizando la cultura occidental de desigualdad entre mujeres y hombres, sin embargo, esta racionalización de la desigualdad femenina dañó igualmente lo masculino, al crear un estereotipo de ser humano que niega o desdeña su esfera afectiva y lo obliga a determinar una actitud excluyente y sospechosa ante los otros.

Así lo masculino queda incapacitado para comunicarse con los otros, para establecer relaciones de empatía, sus relaciones se basan en el interés y para ello es necesario eliminar los sentimientos y las pasiones. La exclusión de los sentimientos olvidó la única condición de igualdad natural del ser humano: la de sentir; la razón creó re-

laciones sociales de superioridad y dominación que terminaron en exclusión y violencia.

Hombres y mujeres quedamos separados y diferenciados de nuestros compromisos éticos y políticos; los primeros podrán ser escuchados en espacios donde se discute la verdad, el conocimiento y el ejercicio de los derechos políticos; nosotras que sentimos y reconocemos nuestras pasiones podremos ser escuchadas al confesar las mismas en los espacios privados o de penitencia que es el lugar donde se hace explícita la fragilidad. Esos espacios no son los políticos y mucho menos los académicos.

Este mensaje dual no permite reconocimientos, de un lado están los seres superiores dotados de razón que niegan la existencia de las pasiones, y de otro lado nos encontramos los seres cargados de culpas por el solo hechos de existir y sentir.

No podrán existir por ello diálogos humanos que consideren la diferencia solo dos tipos de diálogos: el dialogo racional entre los seres sabios dominados por la razón y el dialogo emocional entre los seres ignorantes poseídos por la emoción.

La distinción excluyente y discriminatoria no permitirá crear compromisos de solidaridad y de empatía con los otros y mucho menos entre los seres distintos a los racionales.

Esta versión que radicaliza al individuo, lo encripta, lo circunscribe a lo racional va en contra de los postulados universales reivindicados por la Constitución de igualdad, le comunica sentidos de egoísmo y negación del otro a pesar de que sea de su mismo género.

C. El atropello de la pasión (la culpa es de la pasión, la culpa es femenina).

“Hasta los más hábiles hombres caen, e ignominiosa es su caída cuando en bello ropaje ocultan infames palabras para servir a su avaricia.”

La construcción del Estado en la modernidad utilizó a la pasión para la centralización del poder en el Monarca, la pasión entronizada por la religión y la tradición permitió la existencia del poder absoluto.

Como lugar común de la visión eurocéntrica del Estado, aceptamos que el origen del Estado moderno se encuentra en la conformación

de la Nación y en la exclusión de poderes paralelos que competían con el poder real, este origen no tuvo un contenido racional.

La Nación es una realidad emocional que parte de la existencia de identidades de tipo cultural, racial, religioso y lingüístico entre otros. El extremo de este sentimiento de identidad es el nacionalismo que ha sido el origen de las mayores masacres. La pasión y el sentimiento han oficiado también como argumento extremo y al igual que la razón moderna, ambas han propiciado realidades políticas excluyentes.

Comparte la pasión con la razón relatos de tensión y exclusión, pues la estrategia de exclusión es la misma, pero por diferentes caminos: mientras la razón puede ser argumentada (excluye a seres no racionales), la pasión es individual y nadie la comprende (excluye el diálogo humano de cualquier contenido).

La pasión derivó además en los fanatismos religiosos que generaron las confrontaciones bélicas entre católicos y reformistas. Las guerras religiosas que, enfrentará a Europa entre príncipes católicos y protestantes apelaron a la fe, justamente de manera contradictoria a lo propuesto en su origen por el cristianismo: el amor al prójimo.

En la denuncia de estos atropellos, nadie olvidará que los relatos racionales masculinos de que el hombre es un lobo para el hombre¹⁸, el individuo sólo tiene un instinto el de conservación; la condición humana es la de la bondad, pero la sociedad se encarga de corromper al hombre¹⁹; el conflicto entre los seres de una sociedad surge por la tendencia del hombre a apropiarse de cosas y por la necesidad de preservar su buen nombre²⁰.

En concreto el sentimiento de miedo es el sustento de la razón para construir el Soberano, y es en el Leviatán en el que se construirá desde el miedo un ser poderoso y malo capaz de controlar al ser humano que es malo por naturaleza. El miedo es “una aversión con la opinión de daño por parte del objeto”... es “una cierta previsión de un mal futuro”, es esencialmente, desconfianza, cautela, precaución²¹.

Así la construcción del otro es la de un enemigo:

¹⁸ HOBBS, 2014.

¹⁹ ROUSSEAU, 1972.

²⁰ LOCKE, 2001.

²¹ BÜHRLE, 2004.

Es hora de transgredir este relato excluyente de libertad e igualdad formal masculina y propiciar un relato plural e integral femenino que incorpore las voces de la pasión y de la emoción, un relato integrado de ambas en el que se acepte en igualdad de condiciones a la razón y a la emoción, este, es el relato histórico reivindicado por la igualdad entre hombres y mujeres.

el otro acecha, *homo hominis lupus*; tal vez sólo tenga buenas intenciones; no lo sé, no puedo saberlo; el hombre no es diáfano, no se revela tal cual es; debo entonces estar preparado, menester es que me defienda. Puedo esperar el ataque y sólo reaccionar; o puedo adelantarme y atacar primero. Lo que me está vedado es no utilizar todos los medios a mi alcance para conservar mi vida. Pero también el otro me mira con recelo; no sabe lo que me propongo. La vida se asemeja a un drama en el que cada cual conoce su libreto, pero no el ajeno. La existencia tiene la forma de lo incierto, la inseguridad es la regla²².

Históricamente no puede negarse que la pasión derivó en fanatismo, creó guerra y conflicto, pero considerar que la razón es la condición humana capaz de acabar con la infamia de la agresión al otro, es negar la existencia de una parte de los seres humanos en la que el individuo puede reconocerse, encontrar su realidad única, cual es el sentimiento, este se convierte en la condición más fuerte del humano para reconocerse con el otro, esta condición del sentimiento es la que puede propiciar sentimientos de empatía e inclusión.

La pasión que se identifica con fanatismo es la pasión contaminada de poder y miedo, le permite a quien la siente negarse a sí mismo y evadir su responsabilidad en torno a los demás y a su existencia, de la misma manera, la razón justificada en un consenso general de tipo racional termina diluyendo la responsabilidad del individuo en las decisiones colectivas.

Esta dicotomía entre pasión y razón, entre femenino y masculino es la negación de la pluralidad del ser y de su integridad humana: tanto hombres como mujeres estamos dotados de emociones y tenemos capacidades para racionalizar nuestro contexto y entorno.

El discurso político del constitucionalismo basado en los intereses económicos de los hombres y en su proyecto de libertad, creó una dicotomía inconciliable acerca de nuestra realidad humana: los hombres gobiernan porque son racionales, las mujeres no gobiernan porque son emocionales.

Es hora de transgredir este relato excluyente de libertad e igualdad formal masculina y propiciar un relato plural e integral femenino que incorpore las voces de la pasión y de la emoción, un relato integrado de ambas en el que se acepte en igualdad de

²² BÜHRLE, 2004.

condiciones a la razón y a la emoción, este, es el relato histórico reivindicado por la igualdad entre hombres y mujeres. Intentemos escribir un relato comprometido, en el que nuestra condición femenina sensible diferente a la condición racional masculina se encuentre con diálogos y compromisos colectivos por el respeto a la diferencia.

2. SEGUNDA PARTE: LAS RAZONES Y LAS PASIONES DEL CONSTITUCIONALISMO: VISIBILIZAR LA ASIMETRÍA

Para Kierkegaard ser mujer es algo tan extraño, tan mezclado, tan complicado que ningún predicado llega a expresarlo, y los múltiples predicados que se quisieran emplear se contradirían de tal modo, que sólo la mujer podría soportarlo.²³

No es real que el constitucionalismo se creó sólo por razones, también tuvo como sustento varias pasiones y emociones que fueron el motor de las reivindicaciones políticas de libertad e igualdad formal de los hombres; estas emociones no quedaron plasmadas en Constituciones y códigos; tampoco es real que los hombres no tengan sentimientos y menos real que las mujeres no tengamos razón.

Esa versión separada de las realidades humanas pasión – razón y su imposible convivencia sólo sirvió para excluir políticamente a las mujeres de la posibilidad de ejercer sus derechos civiles y políticos con el fin de mantener el mercado y una sociedad de tipo patriarcal.

Ahora que el constitucionalismo hace eco de nuestras ganancias políticas como mujeres su contenido debe integrar el sentimiento de reconocimiento al otro, al diferente y al distinto.

En esta segunda parte mostraré como las razones masculinas estaban acompañadas de sentimientos y pasiones, intentaré finalmente describir una ruta de construcción de un constitucionalismo emotivo capaz de integrar nuestra naturaleza humana racional y pasional.

A. Las razones del Constitucionalismo:

El hombre ilustrado cuyo pensamiento se resistió a defender prejui-

²³ DE BEAUVOIR 2017.

cios absurdos y adoptó la causa de los principios, perdió sin embargo la facultad de razonar cuando abrazó su nueva verdad con espíritu de partido, igual que el partidario del antiguo error, y, al final ambos han acabado empleando medios similares. Así como hemos visto predicar el ateísmo con la intolerancia de la superstición, así el espíritu de partido gobierna la libertad con el furor del fanatismo.²⁴

Las razones del constitucionalismo resumidas en evitar la concentración del poder y el riesgo de no ser libres, acompañadas del miedo y, de la inseguridad de perder la vida y la propiedad se construyeron como ideario político liberal para confrontar las pasiones del Monarca que desde la edad media eran consideradas como malignas.

Para ésta época, se reconoce la existencia de las pasiones en el ejercicio del poder del rey o del príncipe, los cuales debían gobernar alejándose de las mismas eran la causa del mal gobierno; de manera paradójica son los dogmas religiosos, místicos y emocionales los que justificaban el poder real y la concentración del poder y su centralización en la construcción del Estado moderno.

Thomas de Aquino, Dante y Marsilio de Padua reconocerán esta convivencia paradójica entre pasiones y gobierno y su reconocimiento como “mal” se constituyeron en los argumentos utilizados por la razón para deponer los absolutismos e instaurar la democracia masculina²⁵.

Según Thomas de Aquino, la diferencia entre un Rey y un tirano era el ejercicio del gobierno de las emociones y las pasiones que lo tornaban en gobierno injusto. El tirano oprime a sus súbditos cuando gobierna con sus emociones corporales y espirituales: la avaricia, la rabia y la discordia y la vanidad.

Para Dante, las decisiones del Emperador, transformadas en leyes, son leyes justas porque emanan de la justicia encarnada en el mejor hombre. Éste no está dominado por la pasión (*volentissimus*), encarna el mejor querer, y es poseedor del mayor poder (*potentissimus*), es el sujeto con mayor poder por no sentir²⁶.

Dante construye una secuencia causal (...) organizada en tres momen-

²⁴ STAËL, 2007 p.145.

²⁵ BERTELLONI, 2012.

²⁶ BERTELLONI, 2012, p. 64.

tos: primero, el Emperador es el mejor poder porque puede todo y siempre quiere bien; segundo, ese poder actúa con plena justicia, porque en él todo querer es bueno y la justicia no encuentra obstáculo en ninguna pasión; y tercero, las decisiones o normas emanadas del Emperador son justas, pero no porque sean leyes, sino a la inversa, esto es, ellas son leyes porque son decisiones o mandatos de un poder absolutamente justo, es decir, plenamente virtuoso²⁷.

Marsilio de Padua será el primero en describir la ley como obstáculo al gobierno de las pasiones, a partir de la necesidad de establecer para atemperarlas desarrollará una teoría de la ley en tres tesis: 1) la sustracción al sacerdocio de toda potestas coactiva y su transferencia al gobernante temporal; 2) la identificación del origen de la ley con el pueblo (*universitas civium*); y 3) la teoría de la ley como precepto coactivo. Como de inmediato podrá percibirse, Marsilio trata el problema de la pasión en vinculación directa con su teoría de la ley²⁸.

Los tres autores citados por Bertollini en el medioevo no negaron las pasiones, las confrontaron y las asumieron como un riesgo en el ejercicio del poder del Monarca para atacar la libertad y es el argumento principal de inicio de la construcción de la hazaña de la razón en la modernidad: la exclusión de la pasión de la política²⁹.

El contexto en el que surge el Estado de derecho y la idea de la democracia liberal, era el de gobiernos despóticos que justificaban las distinciones sociales por el origen y la riqueza, en una sociedad estamental y estratificada, que excluía del ejercicio del poder político a la clase emergente denominada la burguesía.

Las revoluciones liberales asumen la confrontación pasión - razón y el dominio de la razón para alcanzar con ella la libertad. El Antiguo Régimen emocional y despótico debía ser derrocado aún por medio violentos.

La razón lideró la propuesta política del constitucionalismo para atacar y destruir las pasiones y las emociones que mantuvieron la estructura política y social del absolutismo.

²⁷ BERTELLONI, 2012, p.65.

²⁸ BERTELLONI, 2012, p.66.

²⁹ MAIZ, 2010.

El monarca ejercía el poder basado en justificaciones religiosas e históricas, para ese entonces, se excluía del debate político a quienes habían logrado un ascenso social y económico en una incipiente economía capitalista.

Las reivindicaciones burguesas tenían como justificación la irracionalidad del absolutismo en su contexto social clasista y en su contexto económico y político excluyente.

La razón acudió como el medio que lograría y garantizaría un régimen de libertad e igualdad formal y fue el relato que institucionalizó el Estado de derecho.

El constitucionalismo como ideología liberal planteó la necesidad de controlar el poder, el Estado es el resultado de un convenio o pacto entre los miembros libres de la sociedad, este reconocerá la existencia de unos derechos inalienables de libertad e igualdad para los individuos, será la Constitución el instrumento racional que establecerá los límites al poder por medio del principio de separación de poderes y el reconocimiento de las libertades como el fin supremo de lo político.

La razón será el fundamento para declarar que todos los individuos por el sólo hecho de su existencia nacían libres e iguales³⁰. La libertad es la condición natural del sujeto dotado de razón que encontraba la evidencia clara y certera en la libertad de pensamiento (única libertad no restringible por fuerzas externas a las del propio individuo).

Un individualismo secular, racionalista y progresivo dominaba el pensamiento ilustrado. Su objetivo principal era liberar al individuo de las cadenas que le oprimían: el tradicionalismo ignorante de la clase media que todavía proyectaba sus sombras sobre el mundo; la superstición de las iglesias (tan distintas de la religión natural o racional); de la irracionalidad que dividía a los hombres en una jerarquía de clases altas y clases bajas según el nacimiento o algún otro criterio desatinado. La libertad, la igualdad – y luego la fraternidad- de todos los hombres eran sus lemas (...) el reinado de la libertad no podría tener sino las más beneficiosas consecuencias. El libre ejercicio del talento individual en un mundo de razón produciría los más extraordinarios resultados. La apasionada creencia en el progreso del típico pensador <ilustrado> reflejaba el

³⁰ ROUSSEAU, 1972.

visible aumento en conocimientos y técnica, en riqueza, bienestar y civilización que podía ver en torno suyo y que achacaba con alguna justicia al avance creciente de sus ideas³¹.

La igualdad formal desconocida en una sociedad estamental de carácter feudal, será garantizada por la existencia del mercado; en este espacio libre se podrá ejercer sin restricciones las libertades económicas, allí los individuos en igualdad de condiciones acudirían a demandar bienes y servicios.

La igualdad formal encontró además del mercado, dos espacios que permitían desplegar las libertades ganadas (libertad personal, libertad social, libertad religiosa, libertad económica y libertades políticas), estos fueron el proceso penal (debido proceso) y el ejercicio de los derechos políticos por medio del sufragio (un ciudadano un voto).

El cálculo racional de la democracia liberal elaboró el siguiente razonamiento: el fin de la democracia es lograr la igualdad y la libertad y los medios para garantizar dicha democracia son el principio de separación de poderes y el reconocimiento de derechos fundamentales.

El principio de la separación de poderes atribuido a Montesquieu, describió y proscribió la tendencia humana a concentrar el poder, esto trae como consecuencia la existencia de poderes ilimitados que ponen en riesgo la libertad. La razón sugería que el mejor gobierno es un gobierno limitado.

Los derechos fundamentales surgen de la existencia humana y son innatos (como las ideas), el Estado y el poder no deben intervenir en el ejercicio de los mismos, pues estos que de manera racional son ejercidas por los sujetos de derecho.

El contrato social era el resultado del debate de los individuos racionales que abandonaban su libertad para cederla ante un soberano que les garantizaría las libertades civiles y políticas. Ese convenio acabaría con el estado de naturaleza o guerra en el que los individuos no pueden sobrevivir a la inexistencia de un orden.

La razón más fuerte se le atribuyó a la voluntad general que era la suma de la mayoría de las voluntades individuales de los individuos racionales que jamás se equivocaba³².

³¹ HOBBSAWM, 1997 p. 97.

³² ROUSSEAU, 1972.

Con el fin de garantizar las libertades económicas, la razón liberal masculina, asumió que el único espacio privado que garantizaba la igualdad formal era el mercado; en el estaban dadas las condiciones para acceder al derecho de propiedad por parte de los sujetos egoístas.

Otra razón irrefutable la constituyó la declaración de que el origen de la Democracia se encontraba en “el poder constituyente primario”. Cuando la mayoría de los seres racionales consideraron ilegítimo el poder de la monarquía decidieron constituir un orden que estableciera las condiciones necesarias para vivir en libertad. Este poder irrefutable e irresistible no podría ser confrontado ni contrastado por decisiones posteriores de los poderes constituidos³³.

En esta construcción racional de la democracia masculina, la ley es el medio para garantizar el fin la libertad y este razonamiento tuvo como fundamento la legitimación de un gobierno basado en mayorías de las que no se discute su sabiduría pues se entiende que está conformada por seres racionales, que se han sacrificado para lograr un fin superior: la garantía de sus derechos.

Las razones masculinas del constitucionalismo crean una sola identidad: la de un sujeto que vive en medio de conflictos surgidos de intereses que deben ser homogeneizados por la razón y la verdad, en un Estado propio y apropiado por los hombres; ese constitucionalismo posibilitó un solo proyecto de vida basado en la apropiación y en el mercado.

Ese relato político no permitió construir un proyecto de libertad femenina diferente, en el que apareciera la libertad como sentimiento, una libertad sin contenidos egoístas e interesados en medio de un mercado hostil de seres competitivos, una libertad con contenido de compromiso con la vida, con la existencia propia y la de los demás, una libertad en la que los otros no son contradictores o seres interesados en quitarnos la propiedad, una libertad en la que podemos decidir nosotras como seres que sienten que la vida es un proyecto propio y común.

B. Las pasiones del constitucionalismo.

no se ha concedido a los sentimientos la importancia que merecen en tanto que factores de motivación y agentes de control y de negociación de las empresas culturales.³⁴

El constitucionalismo utilizó la razón para solapar los intereses de quienes ganaron en su momento la democracia representativa.

³³ SIEYÉS, 2008.

³⁴ DAMASIO, 2019, p.15.

El único sentimiento o pasión permitido en esta ganancia política y económica fue el ánimo de lucro, considerado como interés o sentimiento calmado (calmo) frente a los sentimientos oscuros y tormentosos del amor, la envidia o el odio. Ese ánimo de lucro se identificaría con egoísmo ilustrado por la razón, egoísmo que por la razón se convertiría en una virtud.

Con el fin de garantizar las libertades económicas, la razón liberal masculina, asumió que el único espacio privado que garantizaba la igualdad formal era el mercado; en el estaban dadas las condiciones para acceder al derecho de propiedad por parte de los sujetos egoístas.

El mercado fue definido como aquel espacio donde los vicios privados se convertían en virtudes públicas³⁵. Mi egoísmo enfrentado al egoísmo del otro creará un equilibrio natural en las relaciones económicas. Los sentimientos y las pasiones permitidas como el egoísmo y el ánimo de lucro se consideraron necesarios y adecuados para la igualdad. La historia ha mostrado que ha sido ese sentimiento o pasión calmada la causa de inequidades y tratos inhumanos.

El primer sentimiento es el egoísmo, sentimiento permitido para los hombres y que sin él no podría existir la sociedad: los vicios privados se constituyen en virtudes públicas como lo relata Mandeville en el poema del panal de abejas:

Un gran panal, atiborrado de abejas
Que vivían con lujo y comodidad,
Más que gozaba fama por sus leyes
Y numerosos enjambres precoces,
Estaba considerado el gran vivero
De las ciencias y la industria.
... empeñados por millones en satisfacerse
Mutuamente la lujuria y vanidad.
... Los abogados, cuyo arte se basa
En crear litigios y discordar los casos,
... Deliberadamente demoraban las audiencias,

³⁵ MANDEVILLE, 1957.

Para echar mano a los honorarios;

... Los médicos valoraban la riqueza y la fama

Más que la salud del paciente marchito.

... Y la misma Justicia, célebre por su equidad, aunque ciega, no carecía de tacto; su mano izquierda, que debía sostener la balanza, a menudo la dejaba caer, sobornada con oro ... El curioso resultado es que mientras cada parte estaba llena de vicios, sin embargo todo el conjunto era un Paraíso.

... todos los tunantes exclamaban descarados:

«¡Dios mío, si tuviéramos un poco de honradez!»!³⁶

Por lo que a mí toca diré, sin la menor consideración al amable lector ni a mí mismo, que concibo al hombre... como un compuesto de varias pasiones y que todas, a medida que se las provoca y van saliendo a la superficie, lo gobiernan por turno, quiéralo o no». Siendo sustancialmente egoísta como es, el individuo humano jamás sacrificaría voluntariamente sus propios intereses en favor de los demás, ni respetaría durante mucho tiempo una norma en ese sentido impuesta por ninguna fuerza divina o humana si no obtiene por ello alguna recompensa³⁷.

La Constitución como resultado de un consenso entre seres masculinos racionales creó un proyecto político y social para un grupo limitado. Estos sujetos racionales decidieron que el gobierno de una minoría se convirtiera en gobierno de una mayoría inexistente.

Este interés en el ejercicio del gobierno del más ilustrado propició la desigualdad y la exclusión de las mujeres, de los afrodescendientes y de los sujetos no propietarios. El derecho y el derecho civil en concreto, determinó que el contrato civil era uno de los medios para adquirir obligaciones que solo podían ser suscritas por los sujetos racionales y capaces y, excluyó de las relaciones civiles y económicas a las mujeres.

El principio de separación de poderes ocultó el sentimiento de apropiación masculina del poder y su ejercicio. Dice Montesquieu acerca de los excesos:

³⁶ MANDEVILLE, 1957.

³⁷ MANDEVILLE, 1957, p. 24.

¿Porque revisar la pasión y la emoción? Se trata de reivindicarla de su condición de oscuridad y de culpabilidad para asumirla como parte integrante de las explicaciones y descripciones humanas que en concreto justifican el poder.

El amor a nosotros mismos, el deseo de conservarnos se transforma de tantas maneras y obra por principios tan contrarios, que nos lleva al sacrificio de nuestro propio ser por amor a nuestro propio ser. Y tanto es el cuidado que ponemos en nosotros mismos, que consentimos en perder la vida por un instinto natural y oscuro que hace que nos queramos más que a nuestra vida misma.” “todo organismo lleva en sí el impulso de crecer, el engrandecimiento, y este impulso es tan fuerte que sacrifica su propia conservación, para ser cada vez más y más hasta que muere. Autodestrucción equivale a desmesuramiento, es decir a la grandeza sin equilibrio³⁸.

La descripción de este principio político se fundamenta en la realidad masculina decimonónica, dicha realidad construye el principio de separación de poderes que identifica al poder con un ser vivo al que la razón debe controlar esos instintos de vanidad y dominar sus pasiones de grandeza en aras del equilibrio. En la versión de género ese ser no se corresponde con lo femenino que tiene como interés o el deseo del cuidado de si y de los suyos.

El surgimiento de la democracia propugnada por el constitucionalismo estuvo alentada por pasiones basadas en el ánimo de lucro, de la exclusión y apropiación del poder político por parte de los varones blancos propietarios³⁹, estas pasiones ubicadas en el ser masculino fueron solapadas por la razón, ésta enfrentó los excesos del absolutismo con la propuesta de la defensa de las libertades y terminó alentando lo mismo que las pasiones que atacaba: exclusión y desigualdad.

Se trata de asumir que pasión y razón han sido utilizadas en los discursos políticos, como realidades humanas enfrentadas y sustancialmente distintas, pero ambas terminan jugando el mismo rol: el de excluir. La dicotomía entre razón y pasión que en el discurso abstracto ha sido tajante en la realidad muestran que han cumplido con la misma función: justificar y legitimar el poder.

³⁸ MONTESQUIEU, 2000, p. 253.

³⁹ CAPELLA, 2008.

3. TERCERA PARTE: REVISAR RELACIONES DE IGUALDAD ENTRE RAZÓN Y EMOCIÓN PARA CONSTRUIR DEBATES IGUALITARIOS: EL ASCENSO DE LO FEMENINO PARA ALCANZAR LA IGUALDAD

Si dejamos de lado todas las respuestas emotivas que nos vinculan a este mundo que los estoicos llamaban de los bienes externos, nos apartamos de gran parte de nuestra humanidad.⁴⁰

¿Porque revisar la pasión y la emoción? Se trata de reivindicarla de su condición de oscuridad y de culpabilidad para asumirla como parte integrante de las explicaciones y descripciones humanas que en concreto justifican el poder. Las emociones y los sentimientos motivan las decisiones y crean las razones que justifican nuestras acciones políticas seamos hombres o mujeres.

¿Porque revisar la razón? Su relato crea seres insensibles ante la realidad del otro, al igual la pasión de manera solitaria puede ser excluyente de la realidad del otro.

Es necesario revisar esta dicotomía pues mantiene la cultura de asimetría entre lo masculino como género dominante y lo femenino como género subyugado, romper la dicotomía entre razón y emoción puede crear compromisos de igualdad de género bajo los sentidos de la complementariedad.

Razón y pasión en esa relación dicotómica no sólo niegan la condición humana, evita que seamos responsables de las consecuencias de nuestros afectos o desafectos y que utilicemos la razón para mentir y por tanto negar nuestra identidad en nuestras relaciones interpersonales.

Si consideramos que los sentimientos pueden ser revisados por las razones y las razones por los sentimientos con el fin de buscar la honesta comunicación de nuestra realidad frente a los otros y a nosotros mismos, podremos construir la necesaria confianza para emprender proyectos colectivos de democracia donde no discriminemos por nuestra condición de género.

La relación pasión – razón creada por la ideología liberal del constitucionalismo puede ser interpretada en el nuevo constitucionalismo bajo tres ideas: como relación no excluyente, como necesaria

⁴⁰ NUSSBAUM, 2006, p.38.

relación de interdependencia para lograr la igualdad y como contenido esencial del pluralismo.

A. La razón y la pasión no son realidades excluyentes:

El verdadero entusiasmo debe formar parte de la razón, pues él le insufla el calor que la engrandece. [...] Cuando se dice que la razón y la pasión son incompatibles, es porque se confunde la razón con el cálculo, y la pasión con la locura. Hay razón en la pasión, y pasión en la razón, siempre y cuando tanto la una como la otra surjan de forma natural.⁴¹

Pasión y razón no actúan de manera separada, se interrelacionan en la vida cotidiana y activa. Esta evidencia “pragmática” fue relatada desde la misma modernidad por autores como Adam Smith en La teoría de los sentimientos humanos y por David Hume en el Tratado de la naturaleza humana. La pasión y las emociones son una realidad irrefutable que nos hace seres sociales (éticos) y políticos. Para ellos los sentimientos son el fundamento de la economía y de la filosofía moral.

Para Adam Smith los seres humanos pueden albergar sentimientos contradictorios y esto no supone incoherencia en la existencia cotidiana del ser humano:

Por más que el hombre tenga rasgos egoístas, existen evidentemente en su naturaleza principios que lo interesan en la suerte de los otros y que hacen que la felicidad de ellos le sea necesaria por más que no derive nada de esto, salvo el placer de poder contemplarlo⁴².

Para este autor las relaciones con los otros y la tendencia a identificarnos con ellos dependen de la simpatía que no es una idea innata, es uno de los sentimientos humanos que no se explica por la razón:

La simpatía no surge de la percepción de los sentimientos ajenos, sino de la percepción de una situación; y, al percibirla, nos ponemos en el lugar del otro, y compartimos con él su placer o su dolor. Aprobar el motivo de una pasión, es decir considerarla adecuada a su objeto, equivale a simpatizar con ella⁴³.

⁴¹ Staël, 2007 p.12

⁴² SMITH, 2013, p. 26.

⁴³ SMITH, 2013, p. 27.

Tanto la pasión como la razón radicalizadas han usurpado los relatos de lo político y lo han apropiado de manera egoísta, ello ha impedido diálogos plurales y respetuosos ambas han generado con sus discursos dicotómicos y excluyentes la violencia y el fanatismo.

Hume desdeña la existencia de una metafísica moral y plantea la filosofía moral basada en la ciencia de la naturaleza humana, en ella la jerarquía entre razón y pasión se invierte: “La razón es, y solo debe ser esclava de las pasiones, y no puede pretender otro oficio que obedecerlas”⁴⁴.

Establece que hay primero un sentimiento o una pasión, los juicios racionales acerca de lo que acontece descansan en un oculto impulso aquello que Descartes despreció por ser un ciego impulso. Toda idea es copia de alguna impresión o sentimiento precedente.

Es por ello que, para Hume, la razón es insuficiente para distinguir entre lo bueno y lo malo, es incapaz de darle fines a la conducta humana, son los sentimientos los responsables últimos de la conducta moral. La razón puede cumplir un papel en la conducta moral y eso se evidencia en los casos de alabanza o censura que están relacionadas como juicios con la utilidad de las cualidades como amabilidad, honestidad bondad o de la acción moralmente valorada. Las acciones y cualidades se premian o se castigan en función de sus consecuencias, en los casos en los que se mejora una realidad individual o colectiva se premian si perjudican se castigan, la razón puede servir para enseñarnos que medios se utilizan para conseguir beneficios para la sociedad⁴⁵.

En versiones actuales del neo pragmatismo Marta Nussbaum describe que lo tachado de irracional por ser emoción es el fundamento de todos nuestros pensamientos:

...esta propuesta que califica las emociones de irracionales, es a la vez poco clara y convincente. Irracional es una palabra ambigua, puede significar falta de pensamiento, esto es poco convincente, pues las emociones están atadas a los pensamientos, incluidos a los pensamientos acerca de lo que es más importante en este mundo...nuestras propias emociones, incorporan pensamientos, a veces muy complicados, acerca de personas y cosas que nos importan⁴⁶.

Es necesario reconocer en un primer momento la existencia de la pasión y de los sentimientos en la realidad del ser humano, su instrumentalización violenta que la igual que la razón ha propiciado

⁴⁴ HUME, 2005, p. 38.

⁴⁵ AYALA, 2009.

⁴⁶ NUSSBAUM, 2006.

violencias y exclusión, para construir relatos de complementariedad entre ambas que nieguen su radicalización.

Tanto la pasión como la razón radicalizadas han usurpado los relatos de lo político y lo han apropiado de manera egoísta, ello ha impedido diálogos plurales y respetuosos ambas han generado con sus discursos dicotómicos y excluyentes la violencia y el fanatismo.

Develar sus fragilidades y crear mutuas relaciones en los diálogos sociales y políticos es el reto de este nuevo constitucionalismo.

B. Relación de interdependencia para lograr la igualdad:

El proyecto político liberal de contenido masculino reivindica la libertad como el fin natural del individuo, sus razones de medios a fin excluían la comunicación con el otro distinto; actualmente la libertad se pondera con la igualdad material, que refleja entre otras realidades políticas, el poder emergente de lo femenino en las relaciones sociales, económicas y políticas junto con otros movimientos sociales.

Esta lectura de una nueva racionalidad de la democracia contemporánea y sus contenidos de igualdad y no discriminación, aparece como resultado de las reivindicaciones de intereses distintos a los de los varones, ciudadanos, propietario y blancos.

Así las cosas, la libertad puede interpretarse bajo las razones de medios y fines, la igualdad se interpreta bajo criterios de sacrificio, de adecuación y necesidad que son juicios de la *prhonesis* o de la prudencia, que es la capacidad de sentir empatía y que no se identifica con la capacidad para razonar.

Es en la idea de igualdad material donde las razones no pueden ser superiores a las emociones y las pasiones, pues es en la diferencia, en el reconocimiento de los otros y en su aceptación donde encontramos la realidad sensible de la denominada dignidad humana.

La igualdad material propone como fin la igualación de los desiguales y lo logra con la consagración de discriminaciones inversas a favor de grupos excluidos y desventajados.

Las razones del constitucionalismo clásico liberal fueron revisadas e integradas por la moral en los casos donde no era suficiente con el principio de separación de poderes y la libertad. Estas “razones”

además de la igualdad material y la dignidad humana, son además el pluralismo, la tolerancia.

Paradójicamente las reflexiones acerca de esta nueva racionalidad, enmarcada en la relación del derecho con la moral han querido regresar a las explicaciones y demostraciones de tipo racional, que niegan a la sensibilidad su papel en la política y la revisten de certeza y verdad demostrable como lo son los test de igualdad y las ponderaciones.

El derecho y el Estado actualmente ya no producen la “sensación de certeza y seguridad”, esta ha sido remplazada por la sensación de fragilidad y por la expectativa de que mis razones y sentimientos sean considerados adecuados conforme a la Constitución.

El neo constitucionalismo como teoría del derecho reivindicó la relación contingente entre derecho y moral⁴⁷, cuando aparecen casos difíciles en los que la razón del derecho deviene en injusticia, pero ese análisis es insuficiente. Se han integrado a las razones del derecho la sensibilidad sobre lo injusto y esto se ha hecho en busca de la igualdad material. La relación entre las razones del derecho y las emociones del derecho se encuentran en los casos difíciles donde la relación del derecho con la moral se requiere para poder decidir lo justo, en esos espacios ambas condiciones y capacidades de lo humano deben dar cuenta de la justicia y se requiere por ello reconocer que ambas dimensiones de lo humano se requieren para calmar la crueldad del no reconocimiento y de la exclusión.

Martha Nussbaum⁴⁸ en su texto “El ocultamiento de lo humano” devela la relación directa entre las emociones y el compromiso con la igualdad de los individuos, además de advertir que sin emociones somos seres que propiciamos exclusiones:

...nuestra inseguridad es inseparable de nuestra sociabilidad y también de nuestra propensión a los vínculos emocionales; si nos vemos como dioses autosuficientes, no entendemos los vínculos que nos unen a nuestros congéneres. Y esa falta de comprensión no es inocente. Engendra una perversión dañina de lo social, dado que las personas que se creen por encima de las vicisitudes de la vida tratan a los demás, de modo que infligen a través de la jerarquía, sentimientos que culpablemente no comprenden⁴⁹.

⁴⁷ COMANDUCCI, 2003.

⁴⁸ NUSSBAUM, 2006.

⁴⁹ NUSSBAUM, 2006, P. 41.

La sensibilidad, reconocidas nuestras pasiones y emociones permitirán la construcción de nuevos derechos para los que la razón no está preparada como los derechos de los animales y de la naturaleza.

La igualdad consignada en las constituciones de la posguerra, cuyo contenido material invita a la inclusión del otro, es un principio de reconocimiento de lo femenino y de lo emocional en el derecho, dado que el derecho y la libertad como proyecto racional fue incapaz de resolver las condiciones humanas de indignidad de los grupos excluidos en el constitucionalismo; prudencia y razón se ven avocadas a la construcción de argumentos garantistas de los derechos de minorías.

C. La pasión y el pluralismo:

De lo descrito es necesario revisar las concepciones de igualdad y razón y con ello asumir que su contenido es emocional. Considerada la naturaleza emocional en nuestros juicios de igualdad aparece la pasión como condición necesaria también para lograr el respeto por la diferencia y con ello propiciar la actitud comprometida con la aceptación de lo distinto, esta actitud comprometida no se propicia con argumentos racionales, se logra con la sensibilización acerca de nuestras realidades excluyentes, discriminatorias y crueles creadas por los juicios de la racionalidad burguesa.

La igualdad en la democracia analizada bajo la razón de los modernos trajo como resultado la construcción del mercado y la proscripción de las distinciones sin justificación; ahora la igualdad material tiene la oportunidad de reivindicar el papel de la pasión que junto a la razón pueden construir relatos comprometidos con la diferencia, así como relatos respetuosos y plurales.

La pasión y la emoción articulada a la razón en las democracias contemporáneas deben hacer explícita la fragilidad y la diferencia, propiciar la tolerancia en la construcción de un proyecto de vida colectivo más humano.

La Constitución se asume en este “nuevo” constitucionalismo como un proyecto social y político que posibilita los acuerdos sociales entre sujetos y grupos que se mantienen en continuo conflicto. En este sentido de confrontación y dialogo, tanto la razón y la pasión, lo masculino y lo femenino deben encontrar un proyecto social y político conjunto de respeto por la diferencia, construir contenidos plurales de convivencia y vida en común.

Es por ello que debe ser escuchado el otro, asumir que yo soy tu y tú eres yo⁵⁰ cuando establecemos diálogos y relaciones cotidianas en encuentros fortuitos o permanentes de nuestras existencias.

Asumir la dicotomía entre pasión y razón, entre gobierno de las pasiones y gobierno racional, mantendrá la violenta la realidad de predominio masculino, de otro lado, la subyugación y sumisión de lo femenino; integrar la pasión como parte del contenido del pluralismo y del respeto por el ser diferente, permitirá también lecturas igualitarias de todo tipo: de respeto por el migrante, por los excombatientes de los conflictos armados, de los LGTBI, de los discapacitados, de los niños y de los ancianos.

La sensibilidad, reconocidas nuestras pasiones y emociones permitirán la construcción de nuevos derechos para los que la razón no está preparada como los derechos de los animales y de la naturaleza.

CONCLUSIONES

El proyecto masculino de la libertad y de la igualdad formal se construye bajo razones políticas necesarias para ejecutar una forma de vida: la del guerrero enfrentado por su interés individual (egoísmo) con otros guerreros y el campo de lucha política es el mercado y el ánimo de lucro.

El proyecto femenino que debemos hacer evidente empieza a emerger con la igualdad material, cuyos sentimientos y emociones son los de inclusión, reconocimiento de la fragilidad en un campo de encuentros y diálogos sociales que propician la empatía.

Es necesario considerar la condición humana bajo la relación permanente e inescindible de la pasión y de la razón. La dicotomía y confrontación de las mismas ha creado un relato de jerarquización y exclusión.

La dicotomía entre razón y pasión y la subyugación de las emociones en política y en concreto, para la construcción de la democracia es dañina, explica Maiz⁵¹ trae las siguientes consecuencias:

La exclusión fundacional de las emociones conduce a un indisimulado hiper racionalismo, que 2) se traduce en la sobrevaloración del consenso y la correlativa elisión del conflicto como dimensión inevitable de la política, 3) desatiende, de la mano de un individualismo racionalista, los

⁵⁰ LYOTARD, 1998

⁵¹ MAIZ, 2010, p. 15-16.

procesos de construcción y movilización antagónica de las identidades colectivas; y 4) promueve, por último, el desplazamiento de la política por la moral, el derecho, la economía o la gestión pública.

Lo anterior, hipoteca la posibilidad misma de avanzar en los nuevos desarrollos de la teoría de la democracia y de la política misma. El fin: liberar la silenciada dimensión política del afecto.

No podemos proscribir la dimensión afectiva de la política, por las referencias históricas del absolutismo y del feudalismo. Como advirtió Pascal hay que evitar dos excesos: “Excluír la razón, no admitir sino la razón”.

Cuando la razón niega a la pasión se convierte en otra pasión que trae las consecuencias vistas de jerarquización y exclusión: “Una razón que falsea la condición humana, ensalza su dimensión especulativa y desatiende su dimensión activa, es ajena a las necesidades pragmáticas, a la corporalidad y a la pasión propias del animal humano”, la razón así auto divinizada será fuente de error y sede también de fanatismo y de intolerancia⁵².

El humano es un ente no ubicado, que se mueve, para decirlo evocando a Luis Cernuda, «entre la realidad y el deseo». Un deseo que nunca podrá realizarse del todo, que siempre quedará como deseo insatisfecho, porque si el deseo se alcanzara de una vez por todas dejaríamos de ser finitos, dejaríamos de ser humanos⁵³.

No seremos conscientes de la existencia del otro y de la realidad propia si no reconocemos que somos seres con contradicciones; hay que asumir nuestra realidad de sentir en medio de una cultura racional heredada. El antídoto al racionalismo es el reconocimiento de nuestras emociones y pasiones en lo que hacemos.

Si partimos de este reconocimiento la apropiación masculina de la política, del Estado y de la Constitución deberá ceder al encuentro con la diferencia; la propuesta final es la de asumir constitucionalmente la emoción bajo contenidos de igualdad material y pluralismo, pues en esta reivindicación apoyada por la Constitución estarán los espacios de encuentro de lo que ha estado separado y sometido por siglos de cultura occidental.

⁵² RUANO DE LA FUENTE, 2007.

⁵³ MÈLICH, 2012.

No seremos conscientes de la existencia del otro y de la realidad propia si no reconocemos que somos seres con contradicciones; hay que asumir nuestra realidad de sentir en medio de una cultura racional heredada. El antídoto al racionalismo es el reconocimiento de nuestras emociones y pasiones en lo que hacemos.

REFERENCIAS

- ARISTÓTELES. (1994). *Retórica*. Carlos Garcia Gual (trad.) Madrid: Gredos.
- AYALA, Ana María, Leal Granobles, Yuliana, Zuluaga, Mauricio, *Razón y pasiones en la ética de Hume*. El Hombre y la Máquina [en línea] 2009, (Enero-Junio): [Fecha de consulta: 21 de mayo de 2019] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=47811604009>> ISSN 0121-0777.
- BERTELLONI, Francisco (2012), en *Caurensia, Vol VII*, Revista anual de Ciencias Eclesiásticas Instituto Teológico “San Pedro de Alcántara” del Seminario de la diócesis de Coria-Cáceres y la Universidad de Extremadura.
- BOBBIO, Norberto. (1991). *Diccionario de Política*. José Arico, Marti Soler y Jorge Tula (trad.) México: Siglo XXI.
- BÜHRLE, Carlos (2004). Thomas Hobbes: Sobre el miedo en *Revista de Filosofía y Teoría Política*, 2004, nº 35, p. 25-37. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Departamento de Filosofía.
- CAPELLA, J.R. (2008) *Fruta prohibida*. 5 Edición. Trotta: Madrid.
- COMANDUCCI, Paolo (2003). *Neoconstitucionalismo*. En Varios. Neoconstitucionalismo (s) Miguel Carbonell (comp.).Trotta: Madrid.
- DAMASIO, Antonio. (2019) *El extraño orden de las cosas*. Bogotá: Destino.
- DE BEAUVOIR, Simone. (2017) *El otro sexo*. María Isabel Corbí (trad.) Bogotá, Segunda reimpresión, De bolsillo.
- DESCARTES, Rene (1983). *El discurso del método*. Víctor Florián (trad.) Orbis: Barcelona.
- GÓMEZ ISAZA, M. C. (2018). El reto de la interpretación del derecho en Colombia de la Hermenéutica del dolor a la hermenéutica de la Paz. En Varios. *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica* (pp. 261 -295). Bogotá: Universidad Libre.
- HOBBS, Thomas. (2014). *El Leviathan*. Carlos Mellizo, Madrid, Alianza.
- HOBBSAWM, Eric (1997). *La era de la revolución 1789 – 1848*, Ricardo Pochart (trad.) Barcelona. Critica.
- HUME, David (2005). *Tratado de la Naturaleza Humana*. Vicente Viqueira (trad.) Tecnos: Madrid.

KANT, Immanuel. (2016). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Luis Martínez de Velasco (trad.) Espasa: Barcelona.

KELSEN, Hans. (1979). *Teoría General del Estado*. Luis Recasens Siches (trad.) México: Editora Nacional.

LOCKE, John. (2001) *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Carlos Mellizo (trad.) Madrid: Alianza.

LYOTARD, Jean Francois. (1998). Los derechos de los otros. En *De los derechos humanos* (pp 137 -145) En: The Yale review. Anthony Sampsons. (trad). Madrid: Trotta.

MANDEVILLE, Bernard de (1957). *El panal rumoroso o la redención de los bribones*. Adolfo Castañon (trad.) Editorial la Flecha: México.

MAIZ, Ramón. (2010). *La hazaña de la razón: la exclusión fundacional de las emociones en la teoría política moderna* en Revista de Estudios Políticos N.º 149, julio - septiembre

MÈLICH Sangrà, Joan-Carles (2012). *Paradojas (Una nota sobre el perdón y la finitud)*: Ars Brevis.

MONTESQUIEU, J.B. (2000). *El espíritu de las leyes*. 5 Edición. Mercedes Blázquez, Pedro de Vega (trad.) Madrid: Alianza.

NUSSBAUM, Martha. (2006). *El ocultamiento de lo humano*. Gabriel Zadunasky (trad.) Buenos Aires: Katz.

PASCAL, Blas. (2001). *Pensamientos*, Frances LL. Cardona (trad.) Valdemar: Madrid.

ROUSSEAU, J.J. (1972) *El contrato social*. 2 Edición. Mauro Armiño (trad.) Espasa Calpe: Madrid.

RUANO DE LA FUENTE, Yolanda. (2007) *Razón y pasión en Hume (sobre la miseria de la Razón demostrativa)* en SEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política N.º 36, enero-junio.

SIEYÈS. (2008). *El tercer estado*. Ramón Maiz (trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SMITH, Adam. (2013). *La teoría de los sentimientos morales*. Carlos Rodríguez Braun (trad.) Alianza Editorial: Madrid.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE FURTO: UM ESTUDO EMPÍRICO SOBRE OS PARÂMETROS DO STF E SUA RELEVÂNCIA NAS DECISÕES DOS JUÍZES DA COMARCA DE TRÊS RIOS/RJ

Marilha Gabriela Reverendo Garau

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade de Málaga na Espanha. mari-lhagarau@gmail.com

Maria Fernanda Escobar Pereira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural

The application of the principle of insignificance in theft crimes: an empirical study on the parameters of the Brazil Supreme Court and its relevance in the decisions of the Judges in the District of Três Rios/RJ

RESUMO

O presente artigo é fruto de um estudo que articula métodos quantitativos e qualitativos a fim de melhor compreender os critérios para aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal, bem como se esses critérios

do Rio de Janeiro. mariafer-
nandpereira@gmail.com

são considerados pelos juízes de primeira instância para decidir nos crimes de furto em uma comarca específica do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Princípio da insignificância; Furto; STF; Sentenças.

Recebido: maio 17, 2019

Aceito: março 10, 2020

Abstract

This article is the result of a study that combines quantitative and qualitative methods in order to better understand the criteria for the application of the principle of insignificance by the Brazil Federal Supreme Court, as well as whether these criteria are considered by the judges of first instance to decide on crimes of theft in a specific region of Rio de Janeiro.

Keywords: Principle of insignificance; Theft; STF; Sentences.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância ou da bagatela encontra relação com o princípio da intervenção mínima do Direito Penal que, por sua vez, parte do pressuposto que a intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão deve ser sempre a mínima possível, e portanto fragmentada, para que a atuação estatal não se torne demasiadamente desproporcional e desnecessária, diante de uma conduta incapaz de gerar lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado. A tipicidade material é a real e substancial lesividade social da conduta. Justamente na tipicidade material se revela o verdadeiro sentido do princípio da insignificância.

O trabalho tem como objetivo compreender em que medida o entendimento do Supremo Tribunal Federal afetou as decisões dos juízes criminais da Comarca de Três Rios no Estado do Rio de Janeiro, no que se refere à aplicação do princípio da insignificância em casos de furto.

Assim, num primeiro momento a análise está voltada para o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, e num segundo momento volta-se para a identificação da aplicação do princípio do âmbito do município de Três Rios no Rio de Janeiro. Identifica-se como julgador norteador o HC 84.412/SP, a partir do qual, no ano de 2004 foram estabelecidos pelo Supremo os vetores

para a aplicação do princípio, bem como na decisão de agosto de 2015 relacionada ao julgamento dos HC 123.734; HC 123.108; HC 123.533 que deram origem aos informativos do STF nº 771 e nº 793.

Deste modo, será apresentado um estudo dos julgamentos e análise cada um dos casos relatados nos *Habeas Corpus* mencionados. Já que, a partir do julgamento foram dadas algumas orientações aos magistrados para a aplicação do princípio da insignificância, modificando o que era aplicado anteriormente pelo próprio STF.

A partir daí o problema de estudou volta-se para uma questão específica, que não por acaso é o foco principal desse trabalho, no sentido de compreender, em que medida julgamento do Supremo afetou (ou não) as decisões dos juízes criminais da Comarca de Três Rios.

Sendo assim, em meados de agosto de 2016, realizou-se a pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro dos processos do ano de 2015 dos crimes de furto na cidade de Três Rios/RJ. A comarca possui duas varas criminais. A pesquisa foi feita com base no total de processos de furto abarcando as duas varas.

Impende frisar que foi trabalhoso identificar tais processos na base de dados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Isso porque a divulgação é ainda muito restrita até mesmo aos operadores jurídicos, inobstante a máxima da publicidade dos processos judiciais. A busca foi feita de forma manual, a partir do lançamento do “Ministério Público” no campo “partes”, combinado com os campos “Competência” como “Vara Criminal” e “Comarca” como “Três Rios”. A partir daí a seleção inicial buscou-se por aqueles processos que estavam tipificados no artigo 157 e seus respectivos incisos.

Neste exercício foram localizados um total de 59 processos datados do ano de 2015 cuja tipificação capitulada pelo sistema do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro identificavam como “furto”.

Outro fator preponderante que dificultou ainda mais a pesquisa foi a quantidade de processos de 2015 em que ainda não havia sentenças proferidas. Embora esta tenha ocorrido em meados de agosto de 2016 e os dados tenham sido revisitados em diversas ocasiões até novembro do mesmo ano, mais de 50% dos processos ainda não apresentam suas sentenças prolatadas.

A partir da identificação dos processos com sentença proferida, passou-se à análise do conteúdo das sentenças, a fim de identificar se o princípio da insignificância fora aplicado em algum dos processos objeto de análise. Constatou-se de pronto a ausência de sentenças que aplicassem o princípio, razão pela qual buscou-se melhor compreender os parâmetros para não aplicação por parte do magistrado. Novamente dificuldades foram enfrentadas haja vista o fato de que muitas sentenças não indicavam o valor dos objetos furtados, tampouco se houve prisão provisória no decorrer do processo, razão pela qual as informações relativas a cada caso foram ainda mais restringidas.

1. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É evidente a importância do princípio da insignificância no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Conforme explicitado anteriormente, o ordenamento jurídico não o positivou, tratando-se de uma construção de natureza doutrinária que deixa a cargo do julgador a decisão acerca de sua relevância e aplicabilidade.

Neste sentido, a casa máxima de justiça no Brasil tem a prerrogativa constitucional de decidir em última instância sobre a aplicação deste princípio em casos concretos levados ao conhecimento do Judiciário. Ora, os dados levantados pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, realizado em 2011, demonstram que somente três casos versaram sobre o princípio da insignificância nos crimes patrimoniais chegaram ao Supremo Tribunal Federal no período de 2005 a 2006. Já de 2006 até 2009 o número foi para setenta e dois. Atualmente, através de busca na jurisprudência do Supremo realizada em 2014 demonstra que há em média 350 acórdãos do crime de furto.¹

No ano de 2004, a partir do julgamento do HC 84.412/SP, o STF reconheceu o princípio da insignificância em crimes de furto. O ministro Celso de Melo, acompanhado dos integrantes da segunda turma à época baseando-se nas premissas do direito mínimo e razoabilidade, utilizou-se de precedentes do STJ para afastar a tipicidade do

¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 39.289. Relator Ministro Gonçalves de Oliveira.

furto ora analisado, que tratava da subtração de uma fita de videogame avaliada em R\$ 25,00 (vinte e cinco reais)².

Assim, no referido julgado importantíssimo, cuja fundamentação tornou-se um marco inicial para a reflexão jurisprudencial sobre a aplicação do princípio foram expostos os critérios de verificação da bagatela, quais sejam: (a) mínima ofensividade da conduta; (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Atualmente, tais premissas ainda são aplicadas, porém, com a exigência de que outros requisitos sejam preenchidos para o reconhecimento do princípio da insignificância, muito dos quais, nas palavras de Luis Roberto Barroso incompatíveis com as premissas acima³.

Em suma, o STF, além dos requisitos elencados, exige que (a) o agente não seja reincidente ou contumaz na prática da conduta; (b) não seja hipótese furto qualificado. No que tange à reiteração delitiva, uma circunstância subjetiva, tem-se em ambas as Turmas do STF que a reincidência afasta a aplicação do princípio da insignificância, em que pese existam julgados em sentido contrário.

A título de exemplo, tem-se alguns julgados, como o HC 115.850, relatado pelo ministro Luiz Fux, em que o paciente foi condenado a um ano de reclusão, no regime semiaberto, pelo furto de quatro galinhas caipiras, avaliadas em R\$ 40,00. Nesse caso, considerando a reincidência, o relator do processo afirmou que o reconhecimento da atipicidade da conduta do paciente, com a adoção do princípio da insignificância poderia, transversalmente, imprimir a ideia de ser avalizada a prática de delitos e desvio de condutas. Acrescentou, ainda, que a adoção do princípio levaria a um “verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais⁴”.

No mesmo sentido, no HC 117.751 o paciente foi processado por subtrair um desodorante, avaliado em R\$ 15,12, tendo a insignificância sido afastada porque o paciente dá mostras de fazer das práticas

²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.412- São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello.

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 123. 734- Minas Gerais. Relator: Ministro Roberto Barroso.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 115.850- Minas Gerais. Relator: Ministro Luiz Fux.

Assim, por esse entendimento, a tipicidade da conduta não depende se o agente é condenado, reincidente ou processado, devendo somente ser considerado conjuntamente várias condutas insignificantes quando se tratar de crime continuado.

criminosas o seu *modus vivendi*, uma vez que, além de reincidente, é acusado de envolvimento em outros crimes. Além disso, a aplicação levaria ao estímulo a práticas de pequenos furtos, aumentando ainda mais o clima de insegurança vivido pela sociedade.

Já no âmbito do HC 101.998 a condenação foi de um ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, pelo furto de nove barras de chocolate, avaliadas em R\$ 45,00. Considerou-se que o réu, por ser reincidente tem a personalidade voltada à prática delituosa. Além disso, não teve a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos em razão da reincidência.

No HC 118.089, o paciente foi condenado a dois anos de reclusão, em regime semiaberto, sem substituição por pena restritiva de direitos, pelo furto de uma cédula de R\$ 50,00 e um maço de cigarros. A relatora Carmem Lúcia afirmou ser o criminoso contumaz, ainda que de crimes de pequena monta, não podendo ser tratado pelo sistema penal como se tivesse agido de forma irrelevante, pois crimes considerados ínfimos quando analisados de forma isolada, mas são relevantes conjuntamente, de modo a transformar pelo infrator em um meio de vida.

Entretanto, em que pese esse posicionamento, na opinião do ministro Luis Roberto Barroso, a reincidência não deve, invariavelmente, impedir a aplicação do princípio da insignificância. Para o mesmo, a não incidência do direito penal não pode configurar exatamente um estímulo positivo, como mencionado em diversos julgados para justificar a inaplicabilidade. Além disso, o ministro reafirma que o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, “personalidades”, “meios”, ou “modos de vida”, mas sim crimes, condutas perigosas ou lesivas aos bens jurídicos, sob pena de configurar-se o direito penal do autor e não do fato.

Assim, por esse entendimento, a tipicidade da conduta não depende se o agente é condenado, reincidente ou processado, devendo somente ser considerado conjuntamente várias condutas insignificantes quando se tratar de crime continuado.

Noutro sentido, a jurisprudência do STF no que tange a crimes de furto qualificado não tem aplicado, em sua maioria, o princípio da insignificância. A título de exemplo temos os seguintes julgados.

O ministro Fux, relator do HC 113.258 manteve a condenação de pacientes que tentaram subtrair dois chuveiros, avaliados em R\$ 69,80, diante da reprovabilidade da conduta e, o princípio da insignificância afastado, em razão do concurso de agentes.

A ministra Carmen Lúcia, no HC 118.584, manteve a condenação de um paciente em dois anos e três meses de reclusão, em regime inicial semiaberto pelo furto de um compressor de limpeza de aquário, avaliado em R\$10,00. O princípio da insignificância foi afastado em razão da reincidência e qualificadoras de repouso noturno e rompimento de obstáculo.

No HC 113.872, a condenação foi mantida em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, pela subtração de um painel de toca-discos para veículo, um estojo para CDs e um disco personalizado, no valor de R\$21,00. Neste caso, a insignificância foi afastada em razão da reprovabilidade da conduta, em razão do uso de chave-falsa.

Mais uma vez revela-se relevante a colocação do ministro Barroso sobre o tema, afirmando que as circunstâncias qualificadoras são de fato mais graves que a reincidência, no entanto, o juízo de reprovabilidade é aferido na etapa referente à culpabilidade, que se limita a pena e traduz-se na dosimetria. Porém, pressupõe a formação de um juízo de tipicidade e antijuridicidade da conduta. A tipicidade, por sua vez, depende de ocorrência de lesão significativa ao bem jurídico⁵.

Nesse sentido, nos ensina o doutrinador Bitencourt (2012):

Essa construção deixa claro que, por exemplo, se do exame dos fatos constatar-se que a ação não é típica, será desnecessário verificar se é antijurídica, e muito menos se é culpável. Cada uma dessas características contém critérios valorativos próprios, com importância e efeitos teóricos e práticos igualmente próprios.⁶

Impende frisar que, em que pese a inaplicabilidade do princípio da insignificância nos casos de furto qualificado, existem inúmeros julgados em sentido contrário, como por exemplo, HC 113. 327, HC 110.224, HC 94.549.

O HC 113.327 foi julgado no sentido de reconhecer a insignificância em um furto praticado em concurso de pessoas, de ani-

⁵ BRASIL. *Habeas Corpus* 123. 734 - Minas Gerais. Relator: Ministro Roberto Barroso.

⁶ BITENCOURT, p. 492, 2012.

mais mortos para consumo, sendo 5 galinhas e 1 galo, avaliados em R\$ 115,00.

Por sua vez, no HC 110.224, o furto foi de 50 metros de fiação elétrica e 1 lâmpada, avaliados em R\$ 81,80, praticados com rompimento de obstáculo e concurso de agentes que eram reincidentes e, surpreendentemente foi aplicado o princípio da insignificância.

No HC 94.594, foi aplicado o princípio da insignificância ao furto de sacos de cimento, no valor de R\$ 90,00, cometido mediante rompimento de obstáculo e concurso de pessoas.

O que se observa é exatamente a desproporção na aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto pois nos casos acima mencionados percebe-se que neles há a presença de qualificadoras, bem como a reincidência do agente, o que por ora são características do crime que vem a impedir a sua aplicação, como nos julgados anteriores pode-se observar, haja vista o que a corte máxima vem aplicando, anteriormente as novas orientações dadas aos magistrados de 1º grau, conforme veremos mais à frente.

Assim, fica evidente a necessidade de critérios mais firmes para aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto, de modo que não cometa injustiça e crie jurisprudências incoerentes, a serem observadas como parâmetro pelas demais instâncias⁷.

1.2 Vetores de aplicação pelo Supremo Tribunal Federal

O princípio da insignificância é um mecanismo judicial que visa distanciar o direito penal das condutas que não ofendem gravemente os bens jurídicos tutelados por ele, mesmo que tipicamente formais.

Impende frisar que o princípio não tem previsão legal, tendo seus limites delimitados pela doutrina e jurisprudência. Assim, a partir da análise sintética do atual panorama da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto pelo Supremo Tribunal Federal, busca-se esmiuçar os critérios elencados e aceitos pela jurisprudência e doutrina para a utilização do mesmo, de forma cumulativa, a partir do acórdão paradigma HC 84.412/SP.

A mínima ofensividade da conduta do agente pressupõe a análise potencial de lesividade da conduta do agente. Caso seja alto ou

⁷ BOTTINI, p. 251, 2012.

médio, impede a aplicação do princípio da insignificância. Porém, se for mínima a ofensividade, poderá ser aplicado o princípio ora mencionado.

Conforme já explicitado neste trabalho, entende-se que o direito penal incide somente nos casos em que o bem jurídico for realmente violado, restando-se desnecessária a sua aplicação quando a conduta do agente for inofensiva. A mínima ofensividade da conduta do agente pressupõe a ausência de violência ou grave ameaça. O direito penal expresso como um instrumento adequado da tutela dos bens jurídicos mais relevantes para o sistema, só deve intervir nas relações sociais quando determinada conduta atingir um bem através de uma ofensa intolerável⁸.

A ausência de periculosidade social da ação, assim como o critério da mínima ofensividade da conduta do agente, remete ao desvalor da conduta a partir das consequências da mesma. Assim, o que se visa aqui é o alcance ou intensidade do perigo gerado pela conduta delitiva.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (2013) afirma:

A ausência de dano social em sentido material, ou a função geral do direito, ou sobretudo o princípio da proporcionalidade (ou proibição de excesso, constituiriam, assim, outras razões (fundamentos), da não incidência do Direito Penal diante dos fatos nímios, não transcendentais, que não contam com entidade suficiente para motivar qualquer castigo penal, ou inclusive para fazer incidir a lei penal⁹

Aplica-se a lei penal a satisfazer o sentido de utilizar o agente punido como exemplo social, mas pondera condutas que não sejam de alguma forma socialmente perigosas. A título exemplificativo temos os furtos familiares, ausentes de periculosidade social da ação.

Deste modo, o direito penal não deve se ocupar de condutas que tragam resultado que não representem prejuízo importante, tanto ao titular do bem jurídico tutelado quanto à integralidade da ordem social.

Assim, a conduta do agente não pode apresentar risco à sociedade, devendo ser ínfimo sob pena de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância.

⁸ MACHADO, 2013.

⁹ GOMES, p. 82, 2013.

O reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente delituoso está atrelado ao desvalor da sua conduta, relacionado à censura da sociedade sobre essa.

O princípio da adequação social norteia esse vetor pois orienta que, condutas socialmente inexpressivas não necessitam da censura penal.

Maurício Ribeiro Lopes (1997) afirma que “[...] as infrações penais que “[...] estiverem manifestamente enquadradas no conceito de escassa reprovabilidade [...] não encontram justificativa social para ingressar no terreno do direito penal”.¹⁰

Em suma, segue julgado do STF que reafirma o que fora exposto:

EMENTA HABEAS CORPUS. FURTO. MILITAR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1

. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando não só o valor do dano decorrente do crime, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada. 2. O elevado valor do bem furtado, avaliado acima do salário mínimo da época dos fatos, e a alta reprovabilidade da conduta do militar que se aproveita do ambiente da caserna para subtrair aparelho celular de um colega de farda inviabilizam, na hipótese, a aplicação do princípio da bagatela. Precedentes. 3. Aos militares cabe a guarda da lei e da ordem, competindo-lhes o papel de guardiões da estabilidade, a serviço do direito e da paz social, razão pela qual deles se espera conduta exemplar para o restante da sociedade, o que não se verificou na espécie. 4. Ordem denegada. (HC 123393, Relator(a):Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, Julgado em 07/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 24-10-2014 PUBLIC 28-10-2014).¹¹

A inexpressividade da lesão jurídica provocada relaciona-se ao resultado jurídico causado em decorrência da conduta do agente.

Trata-se do ínfimo valor do bem jurídico atingido pela conduta. É um elemento quantitativo, de valoração do objeto ilícito, analisando também, as condições vividas à época do fato.

¹⁰ LOPES, p.141, 1997.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123393/DF, Relatora Ministra Rosa Weber.

Impende frisar que a inexpressividade da lesão é verificada em face da vítima. Ou seja, ainda que seja de valor ínfimo, mas tenha importância para a vítima, não poderá ser aplicado o princípio da insignificância nesses casos.

1.3 Julgamento HC 123.734, HC 123.108 e HC 123.533 e os Informativos nº 771 e 793

O julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal de habeas corpus impetrados contra julgados que mantiveram condenação por crime de furto e afastaram a aplicação do princípio da insignificância, teve início em dezembro de 2014 e fim em agosto de 2015, dando origem aos informativos de nº 771 e 793.

No HC 123.108/MG, o paciente José Robson foi condenado pela prática de furto simples de um chinelo, avaliado em R\$ 16,00. O magistrado de 1º grau aplicou a pena de 1 ano de reclusão, no regime inicial semiaberto, considerando a compensação da reincidência do acusado com a atenuante de confissão.

Neste sentido, em que pese o bem tenha sido restituído à vítima, o princípio da insignificância não fora aplicado em razão da reincidência do acusado, razão pelo qual o magistrado também não substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Com isso, no STF foi mantido o entendimento, sendo denegada a ordem pela maioria. Mas, concedeu “habeas corpus” de ofício para fixar o regime aberto para cumprimento de pena.

O outro caso, HC 123.533/SP, se trata de uma tentativa de furto qualificado, pelo concurso de agentes, de dois sabonetes líquidos íntimos, avaliados em R\$ 40,00, em que a paciente Jéssica Taiane fora condenada a uma pena de um ano e dois meses, no regime inicial semiaberto em razão da reincidência, motivo pelo qual também não teve a pena privativa substituída por restritiva de direitos. Com isso, não foi aplicado o princípio da insignificância. No STF o entendimento foi mantido com a denegação da ordem do HC, mas concedeu de ofício para fixar o regime aberto para cumprimento de pena.

O HC 123.734/MG, relatado por Luis Roberto Barroso trata de tentativa de furto qualificado por rompimento de obstáculo e escada, de 15 bombons caseiros, avaliados em R\$ 30,00, em que o paciente foi condenado a pena de 1 ano de reclusão, em regime

aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O decreto condenatório pelo magistrado de 1º grau considerou ambas qualificadoras, aplicou o §2º do artigo 155 do Código Penal, em razão do pequeno valor da coisa e primariedade do réu, além do reconhecimento do instituto da tentativa. Impende frisar que além do réu ser primário, o objeto foi restituído à vítima.

Ocorre que, em que pese as circunstâncias, o princípio da insignificância não foi aplicado com base nas qualificadoras, responsáveis por retirar a mínima ofensividade da conduta do agente, bem como o baixo grau de reprovabilidade do comportamento. Assim, foi denegada a ordem do HC ora mencionado.

Foi frisado pelo ministro Roberto Barroso, relator dos HC 123.734, HC 123.108 e HC 123.533 que a comissão que elaborou o anteprojeto do código penal, bem como no posicionamento adotado pelo STF, não haveria fato criminoso quando, cumulativamente, existissem as seguintes condições: a mínima ofensividade da conduta do agente; ausência de periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ademais, o ministro relator asseverou que a ausência de critérios claros quanto ao princípio da insignificância prejudicaria a uniformização da jurisprudência, agravaria a situação precária do sistema carcerário e geraria risco aos casuísmos. Observando, ainda, que precedentes do STF admitiriam o princípio da insignificância em caso de furto, desde que o agente não fosse reincidente e não houvesse a hipótese de furto qualificado.

Sendo assim, afirma que toda teoria do princípio da insignificância deveria ser norteada pelos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade. Assim, embora a conduta fosse formalmente típica, deve ser aplicado o princípio no desvalor da ação ou quando o resultado se mostrasse irrelevante, impedindo critérios automáticos para sua aplicação e sim, analisando o caso concreto baseado nos parâmetros principiológicos.

De todo modo, frisa que a caracterização da reincidência para fins de rejeição do princípio da insignificância, restringe-se a ocorrência

de trânsito em julgado de decisões condenatórias anteriores referentes a crimes da mesma espécie e ainda, que a sanção guarde proporcionalidade com a lesão causada.

Nesse sentido, lembra-se que, à luz da constituição, não seria possível afirmar que uma conduta fosse típica para uns e não fosse para outros – os reincidentes – sob pena de se configurar o tão repudiado e inaceitável em nosso ordenamento jurídico penal, o direito penal do autor e não do fato.

Inobstante, aponta que o encarceramento do agente, como regra, constitui sanção desproporcional, inadequada, excessiva e geradora de malefícios superiores aos benefícios. Principalmente, quanto à integridade física e psíquica dos agentes, como também para o sistema penitenciário como um todo, bem como para a segurança pública.

Isso porque as penas restritivas de direito possuem caráter ressocializador muito mais evidente em comparação com as privativas de liberdade, que deveriam se restringir somente às hipóteses de reconhecida necessidade, tendo em vista seu custo elevado e consequências já expostas, orientando seu uso somente em caso de descumprimento da pena restritiva, havendo a reconversão em regime aberto domiciliar.

Deste modo, a decisão em plenário concentra-se na aplicação do princípio da insignificância caso a caso, haja vista a uniformização de tratamento não ser desejável diante das diferentes realidades sociais, econômicas e culturais existentes no país.

Aduz ainda ser necessário estarem presentes as consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade resultante da aplicação do princípio da insignificância, buscando alcançar o real objetivo do legislador quando formulada a tipificação legal. Em suma, o ministro relator Luis Roberto Barroso propôs três teses para servirem como amparo aos demais tribunais do país no que tange à aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto.

A primeira consiste no fato do delito que envolver um reincidente ou alguma qualificadora, não impedirem, por si sós, que o juiz da causa reconheça o princípio à luz dos elementos do caso concreto. Neste sentido, caso o juiz da causa considere inaplicável o princípio da insignificância por furto, em situações cogitáveis, eventual

sanção privativa de liberdade deverá ser fixada em regime aberto e domiciliar, em regra geral.

No caso de aplicação da privativa de liberdade em razão de reincidência ou qualificadora, deverá o juiz da causa em regra geral, substituí-la por pena restritiva de direitos, afastando a aplicação do artigo 44, II e §3º do código penal.

No entanto, em que pese a tentativa, as teses propostas pelo ministro Barroso não foram aceitas pelo Supremo, não chegando a firmar uma tese para balizar a jurisprudência em torno da aplicação do princípio da insignificância.

Assim, os ministros estabeleceram apenas uma orientação que a reincidência nos crimes de furto não afasta necessariamente o reconhecimento da insignificância, devendo ser analisado o caso concreto.

Além disso, optando por não aplicar o princípio da insignificância, em situações em que requer o enquadramento do indivíduo, pode o juiz da causa determinar o regime aberto, mesmo nos casos de reincidência, paralisando-se a incidência do artigo 33, §2º, c, do Código Penal, com base no princípio da proporcionalidade, vejamos:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Como justificativa, o plenário aduziu a necessidade da presença de consequências jurídicas e sociais decorrentes da atipicidade resultante da aplicação do princípio, haja vista que aplicá-lo seria tornar a conduta lícita.

Ademais, afirmaram que a reparação civil, alternativa do ordenamento jurídico, seria apenas uma possibilidade formal e inviável na prática. Com isso, traria um descompasso entre o conceito social de justiça, levando a justiça privada.

Por fim, entenderam que a avaliação se desse caso a caso, pois a uniformização de tratamento não seria desejável, haja vista as díspares realidades sociais, econômicas e culturais existentes no país.

2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA COMARCA DE TRÊS RIOS/RJ

Com o aprofundamento da pesquisa, pôde-se chegar a detida análise de 59 (cinquenta e nove) processos criminais do crime de furto ocorridos no ano de 2015 na cidade de Três Rios/RJ, divididos nas duas varas criminais da cidade. Na imagem abaixo verificou-se a pesquisa a partir da quantidade de sentenças proferidas por estes Juízos. Vejamos:

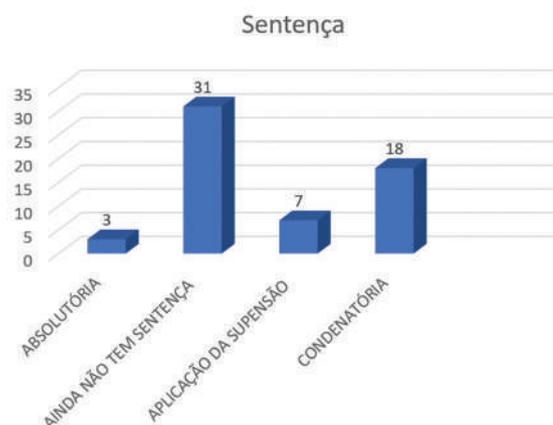


Imagem 1 – resultado das sentenças

Conforme observa-se no gráfico acima a respeito dos processos de furto ocorridos no ano de 2015, até a data de escrita e revisão deste trabalho de dissertação, verificou-se a ocorrência de 18 (dezoito) sentenças condenatórias proferidas, 31 (trinta e um) processos que ainda não tiveram a sentença proferida, 7 (sete) que tiveram a aplicação da suspensão condicional do processo e apenas 3 (três) sendo proferidas sentenças absolutórias.

Nos casos em que ainda não há sentença isso ocorre por conta do momento processual ao tempo da análise das movimentações ser anterior ao proferimento da sentença à data da pesquisa realizada. Nos casos em que os juízes aplicaram a suspensão condicional do processo deu-se pelo atendimento aos requisitos elencados no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, que trata do Juizado Especial Criminal mas não se limita a ele, vejamos o gráfico adiante:

Assim, quando o crime tiver pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela lei dos juizados especiais criminais, como no caso, o ministério público proporá a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado e não tenha sido condenado por outro crime, juntamente com os requisitos da suspensão condicional da pena, presentes no artigo 77 do código penal.

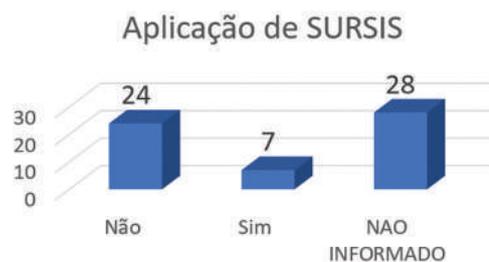


Imagem 2 – aplicação de Sursis

O “sursis” é uma medida alternativa que tem por objetivo principal evitar a aplicação da pena, quando atendidas as condições elencadas no artigo mencionado. Conforme Fernando Capez (2009), a suspensão condicional do processo é:

Instituto despenalizador, criado como alternativa à pena privativa de liberdade, pela qual se permite a suspensão do processo, por determinado período e mediante certas condições. Decorrido esse período sem que o réu tenha dado causa à revogação do benefício, o processo será extinto, sem que tenha sido proferida nenhuma sentença¹².

Assim, quando o crime tiver pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela lei dos juizados especiais criminais, como no caso, o ministério público proporá a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado e não tenha sido condenado por outro crime, juntamente com os requisitos da suspensão condicional da pena, presentes no artigo 77 do código penal.

Das 21 sentenças proferidas, 3 foram absolutórias. Quanto a elas, merece tecer alguns apontamentos. Cabe mencionar que nenhum dos processos em que teve a absolvição do réu existiu menção ao princípio da insignificância, não havendo nenhuma ligação a pesquisa realizada. As absolvições se deram por outros motivos, como por exemplo, a ausência de prova quanto a autoria do delito. Ou seja, a aplicação do princípio na comarca de Três Rios no ano de 2015 não ocorreu, sendo, portanto, apenas um ideal e não uma realidade vivenciada na cidade.

Assim, pode-se analisar através do gráfico abaixo a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto na cidade de Três Rios/RJ no ano de 2015:

¹² CAPEZ, p. 554, 2009.

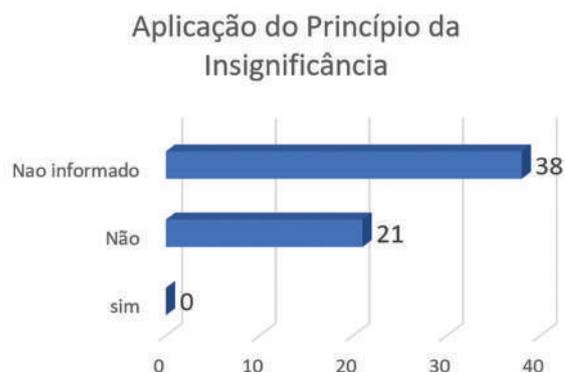


Imagem 3 – aplicação do princípio da insignificância

Conforme o gráfico exposto acima, dentre os processos analisados em 38 deles não foi obtida informação sobre a aplicação do princípio, haja vista que em alguns, precisamente em 31 não foram sentenciados ainda, demonstrando a morosidade da justiça nesse sentido, pela lentidão do processo criminal. Os demais, são os que foi aplicada a suspensão condicional do processo, devendo ainda aguardar o prazo dado em cada um deles para saber se cada réu cumprirá as condições impostas, para assim poder afirmar que não foi aplicado o princípio, haja vista a existência de possibilidade dos réus terem que responder ao processo, em caso de descumprimento das condições estabelecidas.

O princípio não foi aplicado em 21 processos criminais haja vista que 18 deles foram as sentenças condenatórias e 3 absolutórias, mas que não se deram pela aplicação do princípio da insignificância.

Neste sentido, pelo menos no que se refere ao ano de 2015 na Comarca de Três Rios/RJ conclui-se que não houve um caso sequer da aplicação do mesmo. Sendo assim, isso impulsiona a chegada de maior número de processos às Cortes Superiores através de recursos defensivos em busca da aplicação do princípio da insignificância aos casos em que entendem ser cabíveis.

Agora, partindo para a análise dos dados relacionados às prisões processuais decorrentes dos crimes de furto analisados no ano de 2015, vejamos o gráfico adiante:



Imagem 4 – casos com prisão cautelar

Dos 59 processos analisados na pesquisa, 31 concederam ao preso o direito de responder ao processo em liberdade, a partir da concessão da liberdade provisória. Entretanto, em outros 20 casos houve a decretação da prisão preventiva.

Neste sentido, resta necessário esclarecer que temos como regra no âmbito do direito processual penal que a prisão preventiva deve ser aplicada pelo julgador como exceção, devendo a regra ser a liberdade do indivíduo. Com isso, o juiz deve obedecer alguns critérios para que o réu seja mantido preso antes da sentença condenatória transitada em julgado, conforme dispõe o artigo 312 do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Assim, é um mecanismo que pode ser utilizado pelo juiz em casos de garantia da ordem pública e econômica, que visa evitar a continuidade da prática delituosa pelo réu; a conveniência da instrução criminal, que busca evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas, por exemplo; assegurar a aplicação da lei penal, que busca impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta na sentença seja cumprida.

Foi possível observar o fator motivador da manutenção da prisão preventiva nos 20 casos em que esta foi mantida, sobretudo porque se comparados aos fundamentos da concessão das liberdades provisórias não há um critério capaz de unificar a compreensão da aplicação da medida em determinados casos em detrimento de outros.

Quanto à modalidade do furto ocorrido, temos os seguintes dados, vejamos:

Conforme o gráfico acima, quanto ao valor do objeto temos que dentre os 59 processos, 37 não foram informados os valores, correspondendo a 62,7% dos dados obtidos. No que tange ao valor de até R\$ 20,00 apenas 1 processo que corresponde a 1,6%. Quanto a quantia de até R\$ 50,00, 3 processos correspondendo a 5,08% dos casos. Quanto aos valores até R\$ 100,00 a quantia foi de 3 processos correspondendo também a 5,08% dos casos. Quanto ao valor de até R\$ 200,00 apenas 1 processo que correspondeu a 1,6% dos dados. Já a quantia de até R\$ 500,00 teve-se em 6 processos que correspondeu a 10,1% dos casos. A quantia de até R\$ 1.000,00 representou 5,08% dos casos com 3 processos. Por fim, foram cinco processos com valores acima de R\$ 1.000,00 totalizou 8,4% dos casos.

2.1. Análise das sentenças condenatórias que mencionam o princípio da insignificância

Neste momento, a pesquisa foi recortada para enfatizar apenas as sentenças condenatórias em que tiveram a menção ao princípio da insignificância, de modo a desconstruí-lo e não o aplicar no âmbito do caso concreto. Assim, busca-se através da análise dos dados colhidos entender o motivo da inaplicabilidade do princípio da insignificância nestes casos, fazendo ainda uma análise dirigida baseada na comparação aos critérios adotados pelo STF em posicionamento recente.

Assim, nos processos em que não foi observada a aplicação do dado princípio em que foi requerida pela defesa são apenas 11 processos dentro dos 59 totais. Assim, temos as seguintes exposições de dados.

Nos onze processos em que o juiz mencionou o princípio da insignificância para não aplicá-lo, será feita uma análise detida de cada um deles para compreender as razões e compará-las ao que atualmente o STF tem aplicado e orientado aos magistrados através da exposição de orientações, além dos vetores de aplicação que já são norte e amparo na aplicação desse princípio.

Impende frisar que os valores que serão dispostos em cada processo abaixo seguem o mesmo critério utilizados no levantamento principal pesquisa, a partir de patamares como valor em até R\$ 20,00; até R\$ 50,00; até R\$ 100,00; até R\$ 500,00, até R\$ 1.000,00 e acima de R\$ 1.000,00.

O primeiro caso objeto de análise trata de uma tentativa de furto simples de 03 desodorantes, no valor de até 50 reais, em que o juiz

concede liberdade provisória ao acusado, condenando-o posteriormente em uma pena de 4 meses de reclusão, não sendo aplicada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos diante da existência de reincidência. Ademais, de modo a não aplicar a insignificância, o magistrado utilizou argumentos como a situação do réu, o fato do bem furtado ser supérfluo, a existência de condenação similar, bem como o réu ter afirmado utilizar o bem para a compra de drogas.

O segundo caso trata do um furto simples de um telefone celular avaliado em até R\$ 100,00 em que o indivíduo foi preso preventivamente, sendo posteriormente condenado em 1 ano no regime semiaberto, não sendo substituída sua pena por restritiva de direitos pela existência de reincidência. O juiz entendeu não ser cabível o princípio devido a situação do réu e a existência de condenação similar.

No terceiro caso, há também um furto simples de um aparelho celular e a quantia de R\$ 200,00 em que o réu foi preso preventivamente e posteriormente condenado ao regime semiaberto em 2 anos e não teve a substituição da pena diante da reincidência. Ademais, não foi aplicado o princípio haja vista a situação do réu, a ofensividade da sua conduta, a ofensividade aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, sendo considerado um prejuízo à sociedade, além do bem ter valor econômico.

O quarto caso trata de um furto simples de uma peça de carne no valor de até R\$ 100,00 em que o réu ficou preso preventivamente, tendo sido condenado a 4 meses de reclusão no regime fechado, não sendo substituída pra PRD diante de reincidência. Para fundamentar a inaplicabilidade do princípio da insignificância, o magistrado alegou a ofensividade aos bens jurídicos, sendo um prejuízo a sociedade, a sensação de impunidade, o valor econômico da res, bem como anotações na FAC.

O quinto caso foi a tentativa de furto simples de 5kg de camarão e 2 kg de bacalhau no valor de até 1.000,00, sendo o réu preso preventivamente e após condenado em 10 meses ao regime fechado, não sendo substituída pela PRD diante da reincidência. O juiz considerou a ofensividade da conduta e condenação similar para não aplicar a insignificância.

O sexto caso trata do furto simples de quatro unidades de desodorantes, no valor de até R\$ 50,00 em que o réu ficou preso preventivamente, tendo sido condenado posteriormente a uma pena de 1 ano e 1 mês em regime aberto e teve substituição da pena por restritiva de direitos. A inaplicabilidade do princípio da insignificância se deu pela ofensa aos bens jurídicos, sendo considerado um prejuízo à sociedade, a sensação de impunidade, a existência de anotações na FAC, bem como o valor econômico da res furtiva.

O sétimo caso foi um furto simples de um rádio MP3 de valor até R\$ 500,00 em que o réu teve sua prisão provisória decretada e após condenado ao regime semi aberto a uma pena de 1 ano, não foi substituída pela PRD. O juiz não aplicou o princípio da insignificância, diante da existência de maus antecedentes, a ofensividade da conduta e o réu ter agido com dolo.

O oitavo caso foi um furto qualificado pelo concurso de pessoas de 3 pares de meia, 1 pacote de gelatina, 17 barras de chocolate no valor de até R\$ 100,00 em que o acusado teve concedida a liberdade provisória, mas posteriormente foi condenado ao regime aberto a pena de 2 anos e teve a substituição da PRD. A insignificância não foi aplicada pelo réu não demonstrar o comparecimento a todos os atos processuais.

O nono caso, tratou-se da tentativa de furto simples de 4 desodorantes, avaliados em até 20 reais, em que o réu ficou preso preventivamente e foi condenado em 6 meses ao regime semiaberto e não teve a substituição da pena. O magistrado não aplicou a insignificância haja vista o réu ter maus antecedentes, anotações na FAC, o bem ter valor econômico e a conduta ser ofensiva aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal, sendo considerado um prejuízo a sociedade.

O décimo caso, tratou-se de um furto qualificado pelo concurso de pessoas no valor de até R\$ 500,00 de 4 garrafas de cerveja, 1 garrafa de Bacardi, 23 unidades de trident e 68 balas halls em que o indivíduo ficou em liberdade provisória e posteriormente foi condenado em 8 meses ao regime aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ou seja, neste caso o que abrandou para o réu foi a ausência de reincidência. Ademais, o réu não teve o benefício da insignificância por não demonstrar o comparecimento a todos os atos processuais.

O décimo primeiro caso foi o furto qualificado por destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa de uma cédula de R\$ 50,00 em que o réu teve a prisão preventiva decretada e foi posteriormente condenado ao regime aberto em pena de 2 anos, não tendo sido substituída a PRD. Não houve a aplicação do princípio da insignificância haja vista o réu ter confessado que seria usado para comprar drogas, bem como existir anotações em sua FAC.

Isto posto, merecem destaque os argumentos utilizados pelos magistrados para não aplicar o princípio da insignificância nos crimes de furto. Através da análise detida dos argumentos e a incidência destes nas sentenças pesquisadas, temos que a existência de condenações similares figurou como o argumento mais utilizado, sendo observado em várias sentenças. Logo, em segundo lugar, o valor econômico do bem, juntamente com a ofensa aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal, no caso, o patrimônio, sendo considerado um prejuízo à sociedade são de igual modo muito utilizados pelos julgares.

De igual modo, os magistrados utilizam-se de argumentos como a situação do réu e a ofensividade da conduta, bem como, a existência de maus antecedentes e até o fato do réu confessar que o bem furtado seria utilizado para a compra de entorpecentes. Além disso, há também a menção de que a sensação de impunidade estaria inserida na sociedade caso não fossem punidos. Por fim, em quinto lugar são utilizados argumentos como o bem ser supérfluo, o fato de o réu ter agido com dolo, não comparecimento aos atos processuais, bem como a fazer do furto um meio de vida.

Quanto à prisão processual decretada nos processos analisados, apenas 27,3% dos casos foi concedida a liberdade provisória ao indivíduo, sendo que em 72,7% dos casos a mesma não foi concedida, tendo o preso respondido o processo preso. Ou seja, foram analisados 11 processos, 8 foi decretada a prisão preventiva e em apenas 3 foi concedida a liberdade provisória.

Nesse sentido, vale mencionar as justificativas utilizadas pelos julgadores em não conceder a liberdade provisória a alguns indivíduos. Impende frisar que são 9 processos em que não foi concedida a liberdade provisória, sendo que em 3 deles o site do TJRJ não disponibiliza detalhes da decisão de não concessão.

Assim, faremos a análise dos 5 processos em que foi conseguido obter dados para a pesquisa.

Como argumento, o mais utilizado é a quantidade de anotações na FAC dos indivíduos, levando em consideração a vida voltada para o crime. Outro argumento utilizado é a inexistência de prova de residência fixa, atentando para aplicação da lei penal e a instrução criminal, sendo tal argumento presente em 3 dos processos analisados. Inobstante com relação à autoria do crime, se faz justificada pelos magistrados através da prisão em flagrante.

Nesse sentido, vale o detalhamento sobre a modalidade de furto nos casos de inaplicabilidade do princípio da insignificância. Vejamos:



Conforme o gráfico acima, temos que o furto simples representa 72,8% dos casos analisados, ou seja, dos 11 processos analisados 8 são furto simples consumados e tentados. Já o furto qualificado representa 27,2% dos casos, sendo apenas 3.

Ademais, de um modo geral o furto simples representa 45,5%, o furto simples tentado 27,2%, o furto qualificado por concurso de pessoas 18,8% e o furto qualificado por destruição de obstáculo ou rompimento apenas 9,09%.

Quanto aos valores dos objetos furtados, vejamos o gráfico abaixo:



O gráfico acima vem esmiuçar o valor dos objetos em alguns patamares das sentenças condenatórias em que o princípio da insignificância não teve sua aplicação, sendo desconstruída na sentença penal.

Assim, percebe-se que 9,09% dos casos o valor é de até R\$ 20,00, em 27,7% dos casos o valor é de até R\$ 50,00, em 27,7% dos casos o valor é de até R\$ 100,00, em 27,7% dos casos o valor é de até R\$ 500,00 e em 9,09% em até R\$ 1.000,00, não sendo observados dado algum para casos acima de R\$ 1.000,00.

Assim, percebe-se que 9,09% dos casos o valor é de até R\$ 20,00, em 27,7% dos casos o valor é de até R\$ 50,00, em 27,7% dos casos o valor é de até R\$ 100,00, em 27,7% dos casos o valor é de até R\$ 500,00 e em 9,09% em até R\$ 1.000,00, não sendo observados dado algum para casos acima de R\$ 1.000,00.

No mesmo sentido, faz-se necessário também abordar qual foi a pena aplicada nesses processos analisados para melhor compreensão da temática, vejamos:



Quanto ao tempo de pena, como demonstra o gráfico acima, no que diz respeito às sentenças condenatórias em que não teve a aplicação do princípio da insignificância, 45,5% dos casos a pena aplicada aos crimes foi de até 1 ano, sendo outros 27,2% para pena de até 6 meses e 27,2% para penas de até 2 anos.

Dada a condenação, observou-se a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, conforme dispõe o art. 44 do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade *não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;*

II - *o réu não for reincidente em crime doloso;*

III - *a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.*

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.¹³

Assim, para que se possa aplicar a substituição do artigo 44 do CP, é necessário que a pena aplicada não seja superior em crime doloso, não exista violência ou grave ameaça, o réu não seja reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem a substituição seja suficiente, de forma cumulativa.

Com isso, quanto a reincidência temos a exceção do artigo 44 §3º do CP em que se o réu era reincidente, mas a medida for socialmente adequada e não for operada em razão do mesmo crime será possível a substituição por pena restritiva de direitos. Nesse sentido, observa-se o gráfico abaixo:



A substituição por pena restritiva de direitos nos processos analisados se operou em apenas 27,3 dos casos, e em 72,7% dos casos não foi aplicada a substituição da pena, e em todos casos eles se deu pela ocorrência de reincidência.

¹³BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.

Impende frisar que a pena restritiva de direitos no caso de réus reincidentes em crimes que não cometidos com violência ou grave ameaça é uma medida social adequada, devendo utilizar-se do que prevê o artigo 44 §3º do CP para aplicá-la pois não há razão para colocar em cárcere réus nessa situação. Deve-se considerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre a pena aplicada aos crimes, que nestes casos sequer ultrapassam a 2 anos devendo ser aplicado o regime aberto, o que também não ocorre em grande parte dos casos, e assim possibilitar a substituição.

Deste modo, sendo uma medida socialmente adequada, tendo em vista a gravidade do delito praticado, as condições e a pena imposta, por que não substituir? Sabe-se que de acordo com os estudos da criminologia crítica que serão apresentados mais a frente, o cárcere é medida muito mais penosa para a vida do réu quando comparada ao crime por ele cometido e de maneira geral, é extremamente prejudicial para toda a sociedade, corroborando ainda, com os pensamentos do ministro Luis Roberto Barroso expostos no julgamento dos HC 123.108; HC 123.734 e HC 123.533. Ademais, abaixo serão apresentadas algumas pesquisas que corroboram com o que fora alegado.

Interessante mencionar uma pesquisa realizada em 2008 pela Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema carcerário, que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegava a 70% ou 80% conforme a unidade da federação. Como conclusão do estudo, afirmou-se que a prisão não previne a reincidência e que devemos caminhar para alternativas que permitam ao autor de um delito assumir responsabilidades e fazer a devida reparação do dano eventualmente causado¹⁴.

Alguns autores em outra pesquisa realizada entendem que o aumento da população prisional se refere mais ao resultado de políticas que aprisionam suspeitos de modo rotineiro do que reflexo do incremento das taxas de criminalidade, o que embasa uma ideologia que a prisão funciona por falta de alternativas¹⁵.

Nesse sentido, merece destaque o posicionamento do ministro Luis Roberto Barroso exatamente neste sentido no julgamento dos HC

¹⁴ IPEA, p. 11, 2015.

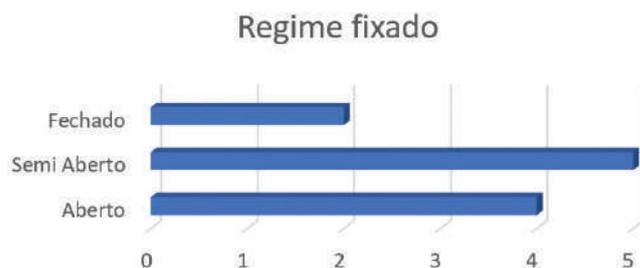
¹⁵ MONTEIRO; CARDOSO, p 107, 2013.

123.734, HC 123.108 e HC 123.533, explicitado em tópico anterior de forma detalhada.

Ademais, ainda que não seja tenha adotado integralmente o que o ministro defendeu em suas explanações teóricas sobre o princípio da insignificância, ficou determinado pelo STF no julgamento que a reincidência deveria ser analisada no caso concreto, não sendo motivo para se afastar a aplicação do princípio necessariamente.

Com isso, entenderam que uniformizar o tratamento não seria o desejável, tendo em vista as díspares realidades sociais, culturais e econômicas vividas no país. E na realidade, através da pesquisa realizada observou-se que a reincidência é sim um critério automático para, além de não aplicar o princípio da insignificância diante da vasta folha penal, maus antecedentes e reincidência, bem como para aplicar o regime fechado aos apenados e impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Neste ponto merece destaque um estudo feito sobre a ressocialização do condenado, em que predomina a opinião sobre a incapacidade da prisão em ressocializar.



No gráfico acima, quanto ao regime fixado na sentença penal condenatória, temos que 18,8% dos casos teve o regime fechado estabelecido para cumprimento de pena, 45,5% foi fixado o regime semiaberto e 36,6% dos casos analisados foi estabelecido pelos magistrados o regime aberto.

Desta forma, a análise é feita pelo regime fixado aos processos. Comparando com o gráfico anterior, temos que nos casos em que não houve a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o regime fixado foi o fechado, dado a reincidência. E nos demais casos, quando foi possível a substituição por pena restritiva, o regime fixado foi o aberto.

Neste ponto merece destaque um estudo feito sobre a ressocialização do condenado, em que predomina a opinião sobre a incapacidade da prisão em ressocializar. As grandes críticas advêm dos adeptos a

criminologia crítica, que afirmam implicar em violação do livre-arbítrio e da autonomia do sujeito, uma vez que a ideia de “tratamento” ou correção pressupõe a anulação da personalidade, ideologia e escalas de valores para adequá-los aos valores sociais tidos como legítimos¹⁶.

Neste sentido, alguns especialistas se questionam em como esperar de indivíduos desviantes se adequarem às regras sociais segregando-os completamente da sociedade e inserindo-os em um microsistema com suas próprias regras e culturas?¹⁷

Nessa esteira, Baratta (1990)¹⁸ reflete sobre o conceito de reintegração social, concluindo que a melhor prisão é, sem dúvida, a que não existe, uma vez que não nenhuma prisão boa o suficiente para atingir a reintegração. Além disso, entende que é sim necessário o cumprimento de pena mas que seja em um local adequado e digno, defendendo a ideia que o que se busca é na realidade, uma política que caminhe para a direção de uma situação de menos cárcere.

Daí a necessidade de atrelar a criminologia crítica com as atuais circunstâncias vivenciadas no sistema carcerário. Por isso e bem como em correspondência aos estudos criminológicos, tem-se um grande avanço na jurisprudência do STF que fixou a possibilidade de, optando o magistrado pela inaplicabilidade do princípio da insignificância, considerando as situações em que a lei requer o enquadramento do indivíduo, fica facultado ao juiz da causa determinar o regime aberto, mesmo nos casos de reincidência.

Ou seja, seria paralisada a incidência do artigo 33 §2º, c, do código penal em virtude do princípio da proporcionalidade, que se relaciona ao prejuízo causado pelo indivíduo versus as consequências negativas do sistema carcerário para o indivíduo.

Inobstante, não é o que se vê na prática, pelo menos afirma-se categoricamente através da pesquisa realizada. Não existiu, em sua maioria, nos dados levantados a aplicação dessa orientação firmada pelo STF. A própria corte máxima vislumbra a necessidade dessa aplicabilidade se dar pelo juiz da causa e não por ela. É um ponto que os juízes de 1º grau precisam realmente entrar em consonância com os entendimentos jurisprudenciais expostos.

¹⁶ IPEA, p. 13, 2015.

¹⁷ IPEA, p. 13, 2015.

¹⁸ BARATTA, 1990. p.2 apud IPEA, p. 14, 2015.

Embora não exista legislação específica que positive o instituto, o princípio da insignificância deriva de uma construção doutrinária e jurisprudencial sendo amplamente aceito, porém nem sempre é aplicado de forma justa pelos tribunais.

Ademais, quanto a população carcerária, através de uma pesquisa realizada em 2010¹⁹, foi concluído que 58% corresponde a jovens de 18 a 29 anos. Assim, é um quadro complexo que se delineia com a inserção precoce nas penitenciárias e contribui para uma verdadeira carreira criminosa, pois diante dos estudos, sabe-se que a prisão não ressocializa o preso e a maioria deles são reincidentes. Outro dado importantíssimo e que se encaixa perfeitamente a pesquisa é que 51,9% dos presos são por crime contra o patrimônio, sendo 83,5% de roubo e furto e apenas 6,1% latrocínio.

Por fim, através desse estudo pormenorizado das sentenças penais condenatórias nos crimes de furto, tem-se dados interessantes. Em que pese a orientação dada pelo Supremo Tribunal Federal com relação aos crimes de furto através dos vetores para a análise do princípio da insignificância, bem como as orientações dadas através do julgamento dos HC 123.734, HC 123.108 e HC 123.533 as justificativas para a inaplicabilidade são diversas.

POSSÍVEIS CONCLUSÕES

Através do princípio da insignificância o direito penal deixe de atuar em casos onde a violação ao bem jurídico penalmente tutelado é ínfima. Nesses termos, a conduta somente é revestida de tipicidade formal, sendo atípica materialmente. Embora não exista legislação específica que positive o instituto, o princípio da insignificância deriva de uma construção doutrinária e jurisprudencial sendo amplamente aceito, porém nem sempre é aplicado de forma justa pelos tribunais. E, tendo em vista esta particularidade, este estudo fez-se relevante no sentido de melhor compreender os parâmetros construídos e aplicados atualmente no país para julgamento de casos de furto que envolvam a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

Conforme já apresentado em momento anterior, o próprio Supremo em parecer apresentado pelo ministro Luis Roberto Barroso, compreende que a aplicação do princípio da insignificância já é confusa e abstrata, com relação à orientação para a sua aplicação. A esperança reside, ao menos, no fato do STF decidir sobre algumas orientações aos magistrados de 1º grau para como melhor aplicar o princípio.

¹⁹ MONTEIRO; CARDOSO, p. 102, 2013.

Sendo assim, percebe-se através da pesquisa realizada que a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto, ou melhor, a justificativa para sua inaplicabilidade é extremamente subjetiva, dando margem a decisões muito diferentes em casos muito parecidos. Além da utilização da reincidência de forma automática para não aplicar o princípio da insignificância, são utilizados outros critérios que nem mesmo no STF utiliza, em sua maioria, como por exemplo anotações na FAC.

Ademais, não foi observado na pesquisa a utilização da orientação dada pelo Supremo quanto a incidência do regime aberto, mesmo para os condenados reincidentes, o que na verdade, na comarca aplica-se ainda o regime fechado, como pode-se observar nos gráficos acima. Impende frisar que a decisão do STF dando novas orientações foi de agosto de 2015 e até o presente momento não tem sido utilizada pelos magistrados da comarca da cidade de Três Rios/RJ.

Ora, não há uniformidade jurisprudencial, tampouco observação aos parâmetros propostos pelo STF no julgamento de casos análogos. Deste modo, a partir das sentenças analisadas é possível perceber uma enorme situação de insegurança jurídica aos casos em que se almeja a aplicação do princípio pois ficam à critério da discricionariedade do juiz com base nos vetores apresentados atualmente e as novas orientações dadas pelo Supremo, o que na prática ainda nem sequer é aplicado.

Neste sentido, conforme fora pesquisado e fazendo um link com o que tem analisado a Suprema Corte do país, com tamanha abstração dos vetores torna-se muito complicada a aplicação do princípio tendo em vista as inúmeras possibilidades e justificativas para a sua inaplicabilidade.

Por outro lado, os próprios ministros no último julgamento no STF para debater o tema entenderam, em sua maioria, pela desnecessidade da uniformização da jurisprudência diante das disparidades sociais, econômicas encontradas em todo o nosso país. Sendo assim, o que resta é aguardar ao menos a utilização pelos magistrados dos critérios e orientações dadas no julgamento mencionado, de modo a melhorar a aplicação do princípio e trazer à baila o que é ensinado nas Universidades, nos livros e orientações doutrinárias para a realidade vivida em nossa sociedade.

Na prática permanece a subjetividade que deixa a mercê do juiz um rol absolutamente impreciso de fundamentos para que o juiz possa exercer de forma mais eficaz o punitivismo, atendendo ao clamor popular, sem levar em consideração a possibilidade de aplicação de um princípio difundido não apenas nos livros e doutrinas brasileiras, mas em todas as salas de aulas das faculdades do país.

No STF é nítida a grande divergência na aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto, haja vista que em dado momento encontram-se julgados que se contradizem complementemente. Na mesma situação os réus recebem tratamento diferente, fato que revela grande arbitrariedade no trato do tema. Ora, toda essa situação ocorre devido a subjetividade para a aplicação do princípio e a ausência de critérios mais objetivos. Ainda que o Supremo tenha criado os vetores para a aplicação do princípio e serem bastante utilizados, na prática são extremamente subjetivos e confusos, dificultando a uniformização da jurisprudência.

Além disso, recentemente o STF fixou algumas orientações as demais cortes para a aplicação do princípio, como não deixar de aplicá-lo de forma automática somente pelo réu ser reincidente e quando o magistrado entender não ser cabível a aplicação poderá valer-se da aplicação do regime aberto para cumprimento de pena, ainda que se trate de réu reincidente. Ademais, entendem que não é necessário uniformizar a jurisprudência posto que o Brasil abarca realidades sociais, econômicas díspares e isso poderia trazer desigualdades.

Quanto ao estudo realizado na comarca da cidade de Três Rios através das pesquisas processuais dos crimes de furto, tem-se que os critérios exigíveis pelos magistrados para aplicar o princípio da insignificância são mais amplos que os fixados pelo STF tendo em vista que consideram maus antecedentes, a situação do réu, se o bem é supérfluo, se é para compra de entorpecentes, se gera sensação de impunidade para a sociedade, se o réu comparece aos atos processuais, o valor econômico do bem, se existe condenação similar, entre outros.

Cumprе ressaltar que não foi possível observar no caso específico de Três Rios/RJ a aplicação das orientações do Supremo no último julgado que discutiu o tema. Ou seja, na prática permanece a subjetividade que deixa a mercê do juiz um rol absolutamente impreciso de fundamentos para que o juiz possa exercer de forma mais eficaz o punitivismo, atendendo ao clamor popular, sem levar em consideração a possibilidade de aplicação de um princípio difundido não apenas nos livros e doutrinas brasileiras, mas em todas as salas de aulas das faculdades do país.

Nessa esteira, entende-se que uma uniformização do entendimento quanto a aplicação do princípio da insignificância no STF e os respectivos tribunais e comarcas do país, é algo distante.

Por fim, considera-se que é necessário sim a limitação quanto a sua aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto através de critérios mais objetivos, de modo a evitar a disparidade na jurisprudência, economizando recursos e habeas corpus, esvaziando a máquina pública, tanto do ponto de vista processual quanto de execução da pena, diminuindo a insegurança jurídica, bem como reduzindo o trabalho das cortes com crimes que geram lesões tão ínfimas aos bens jurídicos tutelados, caso fossem aplicado pelo magistrado de primeiro grau.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: Fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 80. Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal – Parte geral*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal parte especial*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A confusa exegese do princípio da insignificância, in: RASCOVSKI, Luiz (Org.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 01 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.524.450-RJ*. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/250064271/recurso-especial-resp-1524450-rj-2015-0073105-7/inteiro-teor-250064279>> Acesso em 01 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Glossário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=441>> Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 115.850 - Minas Gerais*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24595471/agreg-no-habeas-corpus-hc-115850-mg-stf/inteiro-teor-112088350>> Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 123.734 - Minas Gerais*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Publicação 03/08/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308578363&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 39.289*. Relator Ministro Gonçalves de Oliveira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 08 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 84.412 - São Paulo*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4322738/hc-84412>>. Acesso em 01 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 123393/DF, Relatora Ministra Rosa Weber*. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23 de setembro do 2016.

CAPEZ, Fernando. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal; Parte Especial*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo, RT, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 15ª ed. Niterói. Impetus. 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil*. Rio de Janeiro, 2015

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, volume 1: parte geral*. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Lilianne Tereza de Souza. *A possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto qualificado*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-possibilidade-da-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-nos-crimes-de-furto-qualificado,33974.html>>. Acesso em: 01 de outubro de 2016.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da lei 9.099/95-Juizados Especiais Criminais e a jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MACHADO, Vitor Gonçalves. *Tribuna Virtual*. Ano 01. Edição nº 04, Maio de 2013. ISSN nº 2317-898. Disponível em:<<http://www.tribunavirtualbccrim.org.br/pdf/04-04-VitorGoncalvesMachado.pdf>>. Acesso em: 01 de outubro de 2016.

MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância Como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTEIRO, Felipe Mattos; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. *A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária*. Civitas, Porto Alegre, v. 13, n.1. 2013.

MUÑOS, Conde Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

MUÑOS, Conde Francisco. *Teoria Geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1998.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Reflexões dogmáticas sobre a teoria da tipicidade conglobante*. Disponível em: <http://r.search.yahoo.com/_ylt=A0LEV2cxGfBXqY8AYjPz6Qt.;_ylu=X3oDM-TByOHZyb21tBGNvbG8DYmYxBHBvcwMxBHZ0aWQDBHNIYwN-zcg--/RV=2/RE=1475381682/RO=10/RU=http%3a%2f%2fwww.corteidh.or.cr%2ftablas%2fr30740.pdf/RK=0/RS=Z5XEShzbO5OLR-Rf3KKPMu8z3Rk->> Acesso em 01 out. 2016.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo, Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Especial. v. 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

SARRULE, Oscar Emilio. *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*. v. 2. Rio de Janeiro: Renavan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011.

DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E A MEDIDA PROVISÓRIA 870/2019: UM ESTUDO À LUZ DA CONSTITUCIONALIDADE

**Sandra Oliveira
de Almeida**

Mestre no Programa de
Pós-Graduação de Políticas
Públicas de Saúde, Escola
Fiocruz de Governo.
s.oliveiraalmeida@gmail.
com

Daniela Sanches Frozi

Professora Colaboradora
do Programa de Pós-
Graduação de Políticas
Públicas de Saúde (Fiocruz
Brasília), Membro da
Coordenação Executiva da
Rede Brasileira de
Pesquisa em Soberania e
Segurança Alimentar e
Nutricional (RBSSAN),
Diretora executiva do
Djanira Instituto de
Pesquisas e Ensino.

Recebido: maio 30, 2019
Aceito: março 10, 2020..

The right to adequate food:
A study in the light of the Brazilian
provisional measure
870 constitutionality

RESUMO

O presente estudo pretende refletir sobre a efetividade do Direito Humano à Alimentação Adequada no Estado Democrático de Direito à luz da teoria de justiça enquanto desenvolvimento das capacidades humanas, e a constitucionalidade da Medida Provisória (MP) n. 870, editada em 01 de janeiro de 2019, que revogou as disposições da Lei n. 11.346/06 referentes às atribuições e composição do Conselho de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), órgão de diálogo e participação social, que compõe um dos pilares do Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN). A pesquisa foi desenvolvida na abordagem qualitativa a partir da revisão crítica da literatura. A reorganização administrativa do novo governo por medida provisória é legítima, porém a extinção do órgão implicaria na inviabilidade do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional ao não transferir a outro ente suas competências, violando a dimensão organizativa dos Direitos Fundamentais. No cenário de fortes desigualdades, em um ambiente de baixa participação social, as ameaças poderiam desconstruir a ideia de Justiça a partir da lógica do bem-estar social, afetando a concretização do Direito Humano à Alimentação Adequada.

Palavras-chave: MP870; Direito a Alimentação; Segurança Alimentar e Nutricional.

Abstract

The present study intends to reflect on the effectiveness of the Human Right to Adequate Food in the Brazilian Democratic Rule of Law and in the light of the theory of justice, this last one understood as the development of the human capacities. The study aims to analyze the constitutionality of the Brazilian Provisional Measure no. 870, published on January 1, 2019, which revoked the provisions of Law n. 11346/06 on the attributions and composition of the Brazilian Council for Food and Nutrition Security (CONSEA), a governmental body of dialogue and social participation, which is one of the pillars of the Brazilian Food and Nutrition Security (SISAN). The research develops the qualitative approach from the critical literature review. We claim that the administrative reorganization of the new government by a provisional measure is legitimate, but the extinction of the body would imply in the infeasibility of the National System of Food and Nutritional Security by not transferring to another entity its competences, violating the organizational dimension of Fundamental Rights. In the scenario of strong inequalities, in an environment of low social participation, the threats could deconstruct the idea of Justice from the logic of social welfare, affecting the implementation of the Human Right to Adequate Food.

Keywords: MP870; Right to Food; Food and Nutrition Security.

INTRODUÇÃO

O Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) visa garantir o acesso à alimentos com quantidade e qualidade suficientes. Há um afastamento deste direito quando, numa democracia, ainda perdura fome e miséria, especialmente quando o país tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade justa e solidária com o compromisso de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades¹.

Nesse contexto, em 2010, a alimentação foi incluída como direito fundamental social, compondo o direito ao mínimo existencial, preexistente a qualquer outro direito ou liberdade. O Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), criado em 2006, pela Lei n. 11.346/06, estruturou a Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) em três pilares: CONSEA Nacional, com suas replicações em âmbito estadual e municipal; Câmara Interministerial; e, Conferência Nacional². O SISAN passou a proteção das dimensões

¹ BRASIL, 1988, art; 3º, incisos I e III.

² BRASIL, 2006, art.11.

O ideal de justiça só teria sustentação se buscar a justiça a partir da racionalidade pública de um valor atingido, ou seja, a partir da injustiça detectada e denunciada, os atores sociais, na condição de agentes livres ativos, estariam propositivamente capazes de criar um espaço institucional para reclamarem ao Estado as suas Ações Públicas, podendo, inclusive, atuar de forma independente.

material e organizativa³ dos direitos fundamentais, ou seja, não é possível desmontar a estrutura que sustenta administrativamente o direito fundamental sem que haja outra para realizá-lo, sob pena de redução do significado do seu conteúdo material. Sarlet⁴ destaca que o Estado deve garantir os níveis de proteção social, para não haver reduções das conquistas sociais, sob pena de violação do princípio do retrocesso.

Na esteira da construção do Estado de Direito que se instalou no Brasil em 2003, é importante frisar a institucionalização do CONSEA Nacional⁵, passando a ser um órgão de assessoramento imediato da Presidência da República, configurando-se como um espaço público de participação social com finalidade de propor ações e projetos prioritários no campo da segurança alimentar e nutricional. Este órgão foi fundamental para a criação do SISAN e a retirada do Brasil do Mapa da Fome, em 2014⁶.

Amartya Sen, economista indiano, que influenciou as recentes políticas públicas do Programa Brasil Sem Miséria, trabalha com o conceito de Justiça a partir do direito ao desenvolvimento humano e a expansão das liberdades, o que permitiria ao indivíduo e a sociedade escolher seu modo de vida. Deste modo, o ideal de justiça só teria sustentação se buscar a justiça a partir da racionalidade pública de um valor atingido, ou seja, a partir da injustiça detectada e denunciada, os atores sociais, na condição de agentes livres ativos, estariam propositivamente capazes de criar um espaço institucional para reclamarem ao Estado as suas Ações Públicas, podendo, inclusive, atuar de forma independente.

Ocorre que, com a vitória do presidente Jair Messias Bolsonaro, no seu primeiro dia de Governo edita a Medida Provisória n. 870/2019, que institui a reforma administrativa do Governo Federal, permeando, de forma velada, o desmonte do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) ao revogar as competências e atribuições do CONSEA Nacional na Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (Lei n. 11.346/06), sem que tais atribuições fossem

³ SARLET, 2008.

⁴ SARLET, 2008, p. 483.

⁵ O CONSEA foi recriado pelo Decreto nº 4.582, de 30 de janeiro de 2003, para controle social e participação da sociedade na formulação, monitoramento e avaliação de políticas públicas.

⁶ FAO, 2014.

realocadas para outro ente, inviabilizando o funcionamento do referido Sistema.

É de competência privativa do Presidente da República a iniciativa⁷ de proposição de leis sobre criação e extinção de órgãos públicos e ministérios, bem como reestruturação do Governo Federal⁸. As medidas provisórias são atos normativos com força de lei e, em razão do caráter de relevância e urgência, podem ser editados pelo Poder Executivo. Entretanto, para garantir a separação de poderes⁹, as medidas provisórias precisam ser submetidas ao Congresso Nacional para sua conversão em lei, rejeição ou alteração, preservando a constitucionalidade da inovação legislativa para evitar violação aos direitos e garantias fundamentais, normas de aplicação imediata¹⁰.

Este artigo busca contribuir com análise do atual estado da arte sobre a constitucionalidade da Medida Provisória n. 870/2019 e assumindo como hipótese narrativa de que a extinção das atribuições e competências do CONSEA Nacional, desconstrói e prejudica o Direito Humano à Alimentação Adequada, o que afeta sobremaneira a ideia de justiça de Amartya Sen, construída a partir do debate público e valorização das capacidades humanas. Neste aspecto, os direitos sociais, prestados pelo Estado, constituem um importante instrumento que confeririam bem-estar social à população e proporcionariam perspectivas reais para a mudança, inclusive vislumbrando o direito à alimentação de modo humanizado, com ética.

A Medida Provisória n.870 deve ser analisada a partir da revisão bibliográfica crítica das obras, de Amartya Sen, *Desenvolvimento como Liberdade*¹¹, *A Ideia de Justiça*¹² e *As Pessoas em Primeiro Lugar*¹³ e análise dos documentos públicos produzidos na tramitação da Medida Provisória n. 870, no período de janeiro a maio de 2019. Discutiremos os pilares da Teoria de Justiça de Amartya Sen, que nos ajudará a entender melhor como o Direito Humano à Alimentação Adequada deve anteceder ao constructo teórico do Direito Constitucional da Alimentação, aprovado tão tardiamente no Brasil.

⁷ BRASIL, 1988, art. 61, § 1o, II, “e”.

⁸ BRASIL, 1988, art. 84, inciso VI.

⁹ BRASIL, 1988, art. 60 § 4º, inciso III.

¹⁰ BRASIL, 1988, art. 5º § 1º.

¹¹ SEN, 2010a.

¹² SEN, 2011.

¹³ SEN, 2010b.

Definir justiça como equidade pressupõe que os indivíduos não sejam influenciados por “interesses em próprio benefício ou prioridades pessoais ou excentricidades ou preconceitos.

1. TEORIAS MODERNAS DE JUSTIÇA E O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

A concepção de justiça não tem um conteúdo definido, variando no tempo, no espaço, no contexto social e na perspectiva interpretativa. Por centena de anos, ao tentar definir o conceito de justiça, os estudiosos “buscaram fornecer uma base intelectual para partir de um senso geral de injustiça e chegar a diagnósticos fundamentados específicos de injustiças e, partindo destes, chegar às análises de formas de promover a justiça.”¹⁴

Duas grandes correntes de teorias modernas¹⁵ se formam para a sua conceituação: justiça como equidade (*fairness*) e justiça do bem-estar (*welfare*), sendo que cada uma das correntes possui uma série de diferentes teorias para explicar o tema, com perspectivas diferenciadas.

A primeira corrente, justiça como equidade, possui três perspectivas¹⁶: a primeira, “Utilitarista”, desenvolvida por John Stuart Mill, Henry Sidgwick e Jeremy Bentham, cuja perspectiva era limitada às utilidades produzidas e a justiça estava ligada a ideia da busca pela felicidade; a segunda, a “Liberal”, cujo maior expoente é John Rawls, propõe a retomada do contrato social, numa situação hipotética do ponto original no qual os indivíduos, livres e iguais, escolheriam um conjunto de princípios de justiça, ainda que sob o véu da ignorância, na qual seus representantes fariam a escolha e cujas instituições seriam justas e ideais, regulando a distribuição de direitos, deveres e demais bens sociais e, por fim, a “Libertária”, representada por Robert Nozick e Friederich Hayek, que apesar de adotarem a via institucional transcendental, defendendo a necessidade, por razões de justiça, de garantir as liberdades individuais, incluindo os direitos de propriedade, livre-troca, livre transferência e livre herança, contenta-se em exigir que todos os direitos libertários sejam satisfeitos. Percebe-se que há uma limitação do papel do Estado nas áreas sociais para proteção dos direitos fundamentais e aumento das liberdades de mercado.

Definir justiça como equidade pressupõe que os indivíduos não sejam influenciados por “interesses em próprio benefício ou

¹⁴ SEN, 2011, p.35.

¹⁵ NEVES, 2013.

¹⁶ SEN, 2010a.

prioridades pessoais ou excentricidades ou preconceitos. Pode ser amplamente vista como uma exigência de imparcialidade.”¹⁷, seja imparcialidade aberta, que depende de um “espectador imparcial”¹⁸ fora do grupo que seja justo e que não tenha interesses pessoais, ou imparcialidade fechada, adotado por Rawls, em que os juízos imparciais não permitem que “nenhum outsider”¹⁸ tenha envolvimento no procedimento contratualista.

É na imparcialidade aberta que se identificam os direitos básicos, “incluindo a importância de salvaguardar as liberdades civis e políticas elementares, não necessitam ser subordinadas à cidadania e nacionalidade, e não podem ser institucionalmente dependentes de um contrato social derivado nacionalmente”¹⁹. A contrário senso, adotando-se a imparcialidade fechada haverá a exclusão de pessoas que não pertencem ao grupo, mas que poderão ser afetadas.

Nesta perspectiva, a escolha das instituições para a estrutura básica da sociedade, bem como a determinação de uma concepção política da justiça, “o que, Rawls supõe, correspondentemente influenciará os comportamentos individuais em conformidade com essa concepção partilhada”²⁰.

É na reformulação dos princípios de justiça de John Rawls, fundado numa sociedade cooperativa e bem ordenada, que surge a necessidade de proteção das necessidades básicas dos cidadãos para o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. O direito ao mínimo existencial é anterior ao direitos fundamentais, “ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades”²¹

Para Thadeu Weber²², o liberalismo político de Rawls engloba o mínimo existencial como ponto de partida, incluindo “a satisfação de condições materiais básicas para uma vida digna, tais como saúde, alimentação e habitação”. No entanto, o mesmo autor trabalha que, do ponto de vista teórico, o mínimo pode ser relativizado, devendo

¹⁷ SEN, 2011, p.84.

¹⁸ SEN, 2011, p.153.

¹⁹ SEN, 2011, p.174-175.

²⁰ SEN, 2011, p. 86

²¹ RAWLS, 2000, p.49.

²² WEBER, 2013, p. 204.

As potencialidades humanas devem ter relevância direta para o bem-estar e a liberdade das pessoas, pois exercem papel indireto através da influência da mudança social e na produção econômica.

ser considerado os aspectos culturais de cada nação, além das condições econômicas e sociais locais”²³.

Emerique²⁴ ensina que o “mínimo existencial constitui um conjunto de prestações e garantias asseguradas ao indivíduo e comunidades, que são indispensáveis para a sua existência e de sua família em condições dignas”.

A segunda corrente entende justiça como bem-estar social, tendo duas perspectivas: a igualitária, representada por Ronald Dworkin, na qual a distribuição de riquezas deve refletir a escolha das pessoas, pois distribuição idêntica não significaria distribuição justa e, a perspectiva capacitária, desenvolvida por Amartya Sen, reconhecendo a desigualdade e a diversidade como pontos de partida, entendendo que as variáveis anteriores do bens primários (Rawls), recursos (Dworkin) e renda real são instrumentos para a realização do bem comum e meios para a liberdade. A abordagem da capacidade está “particularmente interessada em transferir esse foco sobre os meios para a oportunidade de satisfazer os fins e a liberdade substantiva para realizar esses fins arrazoados”.²⁵

Neste contexto, o “foco sobre a vida real na avaliação da justiça, tem muitas implicações de longo alcance para a natureza e o alcance da ideia de justiça”²⁶, fundada na racionalidade argumentativa e na análise imparcial.

As potencialidades humanas devem ter relevância direta para o bem-estar e a liberdade das pessoas, pois exercem papel indireto através da influência da mudança social e na produção econômica.

Para Amartya Sen²⁷, as liberdades individuais têm pelo menos dois aspectos importantes: as oportunidades, correspondendo à existência de alternativas ou opções de escolha dos indivíduos, e o aspecto dos processos, que engloba todas as circunstâncias, contextos, instituições que permitem o indivíduo escolher.

Ainda, a privação de uma liberdade, necessariamente, implica na privação de outras. A ausência de liberdades substantivas se relaciona

²³ WEBER, 2013.

²⁴ EMERIQUE, 2016a, p.686

²⁵ SEN, 2011, p. 268.

²⁶ SEN, 2011, p.13

²⁷ SEN, 2010a.

à pobreza econômica, que retira dos indivíduos a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição adequada e satisfatória, de acordo com os costumes locais. Pode também vincular-se à carência de serviços públicos e assistência social ou, ainda, pode resultar em negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários, restringindo a liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade.

Sen²⁸ destaca que, num espaço democrático, a conceituação de necessidades econômicas depende crucialmente de discussões e debates públicos abertos, dentro da liberdade política e dos direitos civis básicos, havendo clara inter-relação instrumental e construtiva entre liberdade política (como expansão da capacidade de participação social e política) e satisfação de necessidades econômicas.

O desenvolvimento depende do alargamento das capacidades e liberdades humanas, em um processo de ampliação de escolhas pessoais para viver plenamente a vida, sendo os indivíduos considerados agentes e beneficiários ativos e livres deste processo para atingir todos equitativamente. O direito à alimentação, como os demais direitos sociais, vistos como oportunidades sociais e liberdades instrumentais, é que vão promover a liberdade substantiva de buscar uma vida melhor.

Outra questão de destaque são os direitos humanos e os imperativos globais. “Há algo muito atraente na ideia de que qualquer pessoa, em qualquer lugar no mundo, independentemente de nacionalidade, local de domicílio, cor, classe, casta ou comunidade, possui alguns direitos básicos que os outros devem respeitar.”²⁹

Os direitos sociais e econômicos foram acrescentados em data relativamente recente aos direitos humanos, enfatizando o aumento das responsabilidades em escala mundial. Neste diapasão, a “política mundial de justiça na segunda metade do século XX passou a se envolver cada vez mais com esses direitos de segunda geração”³⁰.

O Direito Humano à Alimentação Adequada foi inicialmente previsto no art. XXV da Declaração de Direitos Humanos, como padrão

²⁸ SEN, 2010a

²⁹ SEN, 2011, p.390

³⁰ SEN, 2011, p.415

O Direito Humano à Alimentação Adequada está intrinsecamente ligado ao mínimo existencial para vida com qualidade e à verdadeira liberdade. Na sua ausência, não há exercício de qualquer outro direito civil ou político, sendo, portanto, o pilar primeiro dos direitos humanos a ser garantido.

de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação. Nesta época, a segurança alimentar foi tratada, quase que hegemonicamente, como insuficiência de disponibilidade de alimentos nos países pobres e, para garantir o direito à alimentação, seria necessário aumentar a produção com a utilização de agrotóxicos e mecanização da produção para sanar a fome no mundo, o que acabou por produzir diversas externalidades ambientais, sociais e econômicas³¹.

Ainda no âmbito internacional, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos³², Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, prevê, no art. 11, que os Estados devem reconhecer o direito de toda pessoa a um nível adequado de vida para si e toda família, incluindo a alimentação, bem como o direito fundamental de estar protegida contra a fome, devendo o Estado-membro adotar, individualmente, programas concretos para melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios, além da difusão de princípios de educação nutricional e aperfeiçoamento dos regimes agrários sustentáveis.

Os direitos humanos passaram a ser entendidos como universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados em sua realização a partir da Convenção de Viena³³, concebendo caráter complementar, além de fortalecimento, expansão e acumulação de tais direitos. Essa interdependência ocorre de tal forma que somente haverá efetividade dos direitos civis e políticos se houver reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, não há direito à liberdade sem que haja direito à igualdade, não há liberdade quando a justiça social se faz ausente.

O Direito Humano à Alimentação Adequada está intrinsecamente ligado ao mínimo existencial para vida com qualidade e à verdadeira liberdade. Na sua ausência, não há exercício de qualquer outro direito civil ou político, sendo, portanto, o pilar primeiro dos direitos humanos a ser garantido. O Direito à Alimentação não está ligado somente à produção de alimentos, mas também há questões que desempenham papel fundamental como “a desigualdade, os níveis

³¹ ABRANDH, 2013.

³² O Brasil tornou-se membro do referido Pacto em 24 de janeiro de 1992, sendo incorporado à legislação nacional pelo Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992.

³³ PIOVESAN, 2013.

de renda da população mais desfavorecida, a estabilidade de sua renda e os circuitos de comercialização de alimentos”³⁴.

Ao passo que não se pode ponderar somente questões econômicas no desenvolvimento. A ética na concessão do direito à alimentação deve ser apreciada como norteadora dos valores sociais determinantes dos comportamentos dos indivíduos para a preservação da dignidade da pessoa humana, não havendo nenhum outro valor social que possa ser sobrepô-la. Sen entende que “a economia deveria estar à serviço da ética, sob a orientação de códigos éticos. Ela deveria garantir o desenvolvimento do ser humano dentro da dignidade”³⁵.

Do ponto de vista ético, é totalmente inadmissível ter valor mais importante do que a vida, devendo-se conservar a igualdade de oportunidades e a igualdade real, cujos valores devem ser construídos a partir de processos educacionais sistemáticos.

Para Antunes Rocha, a dignidade é “o pressuposto da ideia da justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social”³⁶. É, portanto, inerente à vida, constituindo-se um direito pré-estatal. Nesta linha, os direitos sociais, prestados pelo Estado, constituem um importante instrumento que confere bem-estar social à população e que proporciona perspectivas reais para a mudança dessa realidade, desde que haja empoderamento dos sujeitos³⁷.

O fortalecimento das políticas sociais é medida necessária para a garantia do Direito Humano à Alimentação Adequada, compreendendo-se a vertente de acesso à disponibilidade de alimento em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades alimentares e nutricionais, aliada à perspectiva de condições habilitadoras, como boa saúde, educação básica, aperfeiçoamento de iniciativas, já que a perspectiva da privação de liberdade está intimamente arraigada aos problemas sociais, políticos e econômicos.

³⁴ SEN, 2010b, p.184.

³⁵ SEN, 2010b, p. 206.

³⁶ ANTUNES ROCHA, 2001, p.51

³⁷ SEN, 2011.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS E O DESENVOLVIMENTO HUMANO A PARTIR DA LIBERDADE

O Século XX é marcado pela consolidação da democracia em diversas sociedades. Após a Segunda Guerra Mundial, em reação ao desprezo e desrespeito pelos direitos humanos que resultaram em atos bárbaros, criou-se a Organização das Nações Unidas, na Conferência de São Francisco, em 1945, inserindo a temática da universalização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem qualquer distinção. Como o rol de direitos essenciais não constaram na Carta da ONU, em 10 de dezembro de 1948, foi adotada e proclamada a Declaração Universal de Direitos Humanos, composta de trinta artigos, enumerando os direitos políticos e liberdades civis, bem como direitos econômicos, culturais e sociais.³⁸

No preâmbulo da Declaração, os povos das nações unidas reafirmaram a fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos, para promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.³⁹

Em junho de 1993, a II Conferência Internacional de Direitos Humanos, que culminou com promulgação da Declaração de Viena, assinada e ratificada pelo Brasil, legitimou a noção de indivisibilidade dos direitos humanos, devendo ser aplicado aos direitos civis, econômicos, políticos, sociais e culturais. Os Estados signatários passaram a reconhecer a necessidade de promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, questão prioritária na comunidade internacional. Ainda enfatizam os direitos de solidariedade, ao desenvolvimento, aos direitos ambientais e ao direito à paz⁴⁰.

Os direitos humanos “são declarações éticas realmente fortes sobre o que deve ser feito. Elas exigem imperativos e indicam que é preciso fazer alguma coisa para concretizar essas liberdades reconhecidas e identificadas por meio deste direito”⁴¹.

³⁸ RAMOS, 2017.

³⁹ ONU, 1999

⁴⁰ PIOVESAN, 2013

⁴¹ SEN, 2011, p. 392-93

A expansão da liberdade é o fim e o meio para o desenvolvimento na medida em que elimina privações de liberdades substanciais que limitam as escolhas e oportunidades das pessoas de exercer sua condição de agente, muitas vezes restringida pelas condições sociais, econômicas e políticas.

Em que pese o avanço na consecução de liberdades políticas e dos direitos humanos, a visão de desenvolvimento estava fundamentada em interesses econômicos, auferidos pelo “crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas individuais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social”⁴², mesmo que isso significasse a concentração de renda, desigualdades sociais e diversas outras mazelas.

Amartya Sen sublinha que o contexto social é de um mundo de privações⁴³, especialmente de necessidades essenciais não satisfeitas, persistência da pobreza, fomes coletivas e crônicas, violações de liberdades formais básicas, ameaças ao meio ambiente e à sustentabilidade da vida social e econômica, sendo que a superação desses problemas é a parte central do desenvolvimento.

A fome transcende os aspectos biológicos do corpo, sendo produzida pelo contexto de exclusão social⁴⁴ e de dominação política e econômica. A fome pode “manifestar-se como um ente do mal para significar a aflição crônica do desemprego, da falta de dinheiro para o leite das crianças, além de diversos outros condicionantes sociais.”⁴⁵. Há, inexoravelmente, a desvalorização do sujeito perante a sociedade, e esse cenário produz exclusão social e um sentimento de baixa auto estima em que se agravam as condições de protagonismo no processo de conquistar a própria cidadania, razão pela qual não se pode conceber o conceito de liberdade substantiva ligado à ideia de se “escolher o seu modo de vida” e o futuro de existência e pertencimento no mundo.

Para Sen, “muitas privações e violações de direitos humanos, de fato, assumem a forma da exclusão de prerrogativas individuais elementares que deveriam ser dadas como certas, como o acesso à justiça ou à liberdade de expressão.”⁴⁶ A expansão da liberdade é o fim e o meio para o desenvolvimento na medida em que elimina privações de liberdades substanciais que limitam as escolhas e oportunidades das pessoas de exercer sua condição de agente, muitas vezes restringida pelas condições sociais, econômicas e políticas.

⁴² SEN, 2010a, p.16

⁴³ SEN, 2010a, p.9

⁴⁴ FREITAS, 2003.

⁴⁵ FREITAS, 2002, p.67

⁴⁶ SEN, 2010b, p.33.

Ainda distingue dois tipos de liberdades⁴⁷: a substantiva e a instrumental. As liberdades substantivas, ou constitutivas, são entendidas como as capacidades elementares de evitar privações, bem como as liberdades instrumentais correspondem a liberdade de viver do modo como bem desejarem, compreendendo as oportunidades econômicas, liberdade política, facilidade social, garantia de transparência e segurança protetora.

Assim, necessário reconhecer o papel das diferentes formas de liberdade no combate às privações, na medida em que há um caráter de complementariedade entre a condição de agente dos cidadãos – centrado na liberdade individual para lidar com as privações - e a limitação imposta pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas que, inexoravelmente, influenciam o grau e o alcance da liberdade individual. O desenvolvimento estaria intimamente ligado à ampliação das capacidades individuais, com fortalecimento das liberdades, para que os indivíduos tenham a qualidade de vida que desejam, respeitando os valores éticos universais.

Sen traz algumas considerações para que haja o desenvolvimento humano com a expansão das liberdades⁴⁸: uma análise integrada das liberdades econômicas, sociais e políticas, envolvendo uma multiplicidade de instituições (Estado, mercado, sistema legal, mídia, atores sociais), em um espaço democrático e, especialmente, a condição de agente livre e ativo. Nesta perspectiva, no espaço democrático, as liberdades civis e políticas incentivam capacidades básicas, como a capacidade de participação política e social, em um espaço aberto à discussão, exercendo papel instrumental na medida em que os integrantes da sociedade expressam e defendem suas reivindicações políticas, podendo fazer oposição sem perseguição, exigindo ações públicas apropriadas e contribuindo para a criação de valores e normas. Neste contexto, os valores podem ser entendidos como reflexos das liberdades e, quanto mais são importantes, acabam por constituir direitos humanos.

A liberdade torna-se “valiosa por pelo menos duas razões diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá mais *oportunidade* de

⁴⁷ SEN, 2010a.

⁴⁸ SEN, 2010a.

No contexto atual de internacionalização dos direitos humanos, contemplar desenvolvimento como crescimento econômico já não responde aos anseios sociais.

buscar nossos objetivos”⁴⁹ Essa destreza do indivíduo está relacionada em realizar o que é valorizado. “Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha”⁴⁸, ou seja, livre de coações ou restrições, podendo decidir por si mesmo.

O ideal de justiça defendido por Amartya Sen, busca a justiça no bem-estar dos indivíduos, conectadas ao modo como as pessoas vivem, a partir da racionalidade e argumentação pública, tendo como exigência a imparcialidade e a objetividade para análise de um valor atingido.

Deste modo, a justiça de um ato⁵⁰ deve ser medida pela capacidade de promover liberdades, ou seja, a capacidade de poder levar o tipo de vida que valoriza, avaliada pela alternativa da culminação ou através de uma abordagem que considere o processo de escolha envolvido. Então, só haverá progresso se houver aumento dos graus de liberdade, compreendendo as “reais opções de que dispõe cada ser humano para desenvolver todas as suas potencialidades”⁵¹.

Neste âmbito, Amartya Sen retoma a valorização do papel da saúde pública ao afirmar que a “saúde é uma meta prioritária em si, mas, ao mesmo tempo, o pilar estratégico para que haja uma verdadeira liberdade”⁵⁰, constituindo-se como indicador determinante para auferir os avanços sociais. Logo, as liberdades e capacidades que podem ser exercidas dependem da realização em saúde e o desempenho nacional deve compreender a qualidade da população de um país, representada pelos níveis de saúde e educação.

O estudo do Direito Humano à Alimentação Adequada perpassa sobre várias questões, inclusive repensando os melhores critérios para definir desenvolvimento, pensando políticas públicas sociais em que haja efetiva condições de ampliar a cidadania.

No contexto atual de internacionalização dos direitos humanos, contemplar desenvolvimento como crescimento econômico já não responde aos anseios sociais. Para Amartya Sen, pensar no desenvolvimento humano como capacidades crescentes de ser e fazer aquilo que valorizam é expandir o horizonte da liberdade dos cidadãos. As pessoas devem ser o foco, e não os meios para obtenção dos estilos de vida – como a renda.

⁴⁹ SEN, 2011, p.262.

⁵⁰ SEN, 2011.

⁵¹ SEN, 2010b, p. 140.

Sen ainda traz críticas à construção do conceito de direitos humanos que devem nortear as contribuições às políticas públicas sociais para a alimentação⁵²: Crítica da legitimidade, pois entende que os seres humanos não nascem com direitos, mas são adquiridos pela legislação; a Crítica da Coerência, ao afirmar que a todo direito corresponde um dever, ou seja, se uma pessoa tem o direito, tem que existir alguma instância que o proporcione; e a Crítica cultural, que contempla os direitos humanos como pertencentes ao domínio da ética social. Logo, a autoridade moral dos direitos humanos depende da natureza de éticas aceitáveis. Contudo as éticas não são universais, razão pela qual os direitos humanos também não.

Em que pese as críticas de Amartya Sen, o desenvolvimento deve ser focado no indivíduo e na construção de condições de validade dos direitos humanos na medida em que repensa as várias relações econômicas, sociais e políticas sob a perspectiva de valorização do indivíduo - objetivando aumentar as liberdades para aumentar as condições de escolha e obter melhor qualidade de vida. Afastar as privações de liberdade, quais sejam, a pobreza e a tirania, carência de oportunidades econômicas, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos, é o objetivo fim do desenvolvimento.

Há uma correlação direta entre renda, pobreza e desigualdade⁵³, sob a abordagem das capacidades, proposta por Amartya Sen. O aumento da renda se torna um meio para aumentar as capacidades de escolhas, que promovem o bem-estar. Por outro lado, os aspectos da pobreza e das desigualdades devem ser pensados não somente como resultados econômicos (baixa renda), mas a partir da exclusão das privações das capacidades básicas de transformação da renda em funcionamentos valorosos (bem-estar), pois em situações desfavoráveis, há uma redução desta capacidade de transformação, construindo um verdadeiro ciclo vicioso da pobreza em que as privações das capacidades se autorreforçam.

⁵² SEN, 2010a, p. 292-298

⁵³ IPEA, 2012

3. O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E A SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL NO CONTEXTO BRASILEIRO

Para introduzir a temática do Direito Humano a Alimentação Adequada e a Segurança Alimentar no contexto brasileiro, vale lembrar o percurso das Políticas Sociais pós-constituinte e os processos de criação de instâncias de participação social como os Conselhos de Direitos no âmbito da Saúde e da Nutrição. Observa-se pela digressão histórica que foi no contexto da VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, em Brasília, que foi aprovado a Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8080/90), criando o Sistema Único de Saúde (SUS) iniciando no âmbito da Comissão Intersetorial de Alimentação e Nutrição no Conselho Nacional de Saúde uma primeira compreensão de que o Direito a Alimentação fazia parte do direito social a Saúde. Foi com a I Conferência Nacional de Alimentação e Nutrição que foi proposta a criação de um Conselho Nacional de Alimentação e Nutrição e de um Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional, ambos ligados ao Ministério do Planejamento⁵⁴.

Em 1988 foi promulgada a Constituição Federal Brasileira, institucionalizando um processo político democrático no Brasil, com a incorporação de diversos direitos e garantias fundamentais e definindo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa. Em 1990, com a globalização e o neoliberalismo econômico direcionado para as políticas públicas, houve poucas estratégias para subsidiar o abastecimento de alimentos. A estratégia de política compensatória⁵⁵ para a população carente não contemplou o enfrentamento real da fome, o que obrigou os pequenos agricultores ao êxodo rural.

Em 1992, sob a pressão dos integrantes do Congresso Nacional e da sociedade civil, o presidente Fernando Collor sofre *impeachment*, assumindo o vice Itamar Franco. O Movimento pela Ética na Política⁵⁶ incentiva o novo governo a dar prioridade no combate à fome no país, criando o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), pelo Decreto n. 807/93, como “instância de

⁵⁴ ARRUDA, 2007.

⁵⁵ SOUZA, 2017

⁵⁶ CONSEA, 1995.

acompanhamento catalisadora de articulação intersetorial”⁵⁷. Como desdobramento deste movimento, surge a “Ação da Cidadania Contra a Fome, a Miséria e Pela Vida”, liderada pelo Sociólogo Herbert de Souza (Betinho) no intuito de sensibilizar e mobilizar a sociedade para as mudanças fundamentais visando transformar o contexto político, econômico e social do país, que conduziam à marginalização, à fome e à miséria.

Em 1995, já no governo Fernando Henrique Cardoso, o CONSEA foi extinto e incorporado ao Conselho Comunidade Solidária⁵⁸, que previa a construção de redes de parcerias entre a sociedade civil e o governo, coordenando as áreas de habitação, saneamento e estímulo à geração de emprego e de renda.

Recriado em 2003⁵⁹, já no governo Luiz Inácio Lula da Silva, o referido Conselho assumiu a importante tarefa de não ser apenas um espaço institucional de diálogo do Governo com a sociedade, mas também de ser impulsionador da elaboração participativa do Projeto de Lei Orgânica para a Segurança Alimentar e Nutricional no país. O governo, ao lançar o programa Fome Zero, com mais de 30 programas complementares, para combater a fome e suas causas estruturais, geradoras de exclusão social, transforma a questão da fome numa questão social ética, ou seja, saiu de uma questão de saúde pública para se transformar em questão de Estado e de justiça, tendo como lema “ O Brasil que come ajudando o Brasil que passa fome”⁶⁰.

No mesmo ano, criou-se o programa Bolsa Família⁶¹, sendo um programa de transferência de renda sob condicionantes, ou seja, a ajuda financeira às famílias pobres e extremamente pobres que tenham em sua composição gestantes e crianças e adolescentes de até 17 anos. Em contrapartida, as crianças e adolescentes são mantidas na escola e as gestantes devem fazer acompanhamento de saúde, visando quebrar o ciclo vicioso e intergeracional da pobreza.⁶²

⁵⁷ ARRUDA, 2007, p.324

⁵⁸ SILVA, 2014.

⁵⁹ O CONSEA foi recriado pela Lei 10.683, de 28 de maio de 2003, como órgão de assessoramento da Presidência da República.

⁶⁰ SEN, 2010b, p.195

⁶¹ O programa bolsa família foi criado pela Medida Provisória n.132, de 20 de outubro de 2003, convertida na Lei Federal n.10.836, de 09 de janeiro de 2004

⁶² PIRES, 2013.

Em 15 de setembro de 2006, o Sistema Nacional de Segurança Alimentar (SISAN) foi criado pela Lei n. 11.346, objetivando assegurar o Direito Humano à Alimentação Adequada e reconhecendo, no seu art. 3º, que a segurança alimentar e nutricional somente será obtida com a realização do direito de todos à aquisição de alimentos de qualidade, de modo regular e permanente, em quantidade suficiente, sem afetar o acesso a outras necessidades primordiais, “tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis”⁶³. O direito à alimentação adequada, inscrito no art. 2º da referida lei, passa a ser entendido como “direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal,”⁶⁴ sendo obrigação estatal adotar as políticas e ações para a promoção e garantia da segurança alimentar e nutricional da população.

O direito à alimentação foi introduzido expressamente pela Emenda Constitucional (EC) n. 64, de 04.02.2010, no art. 6º, dentre os direitos sociais, e teve sua tramitação iniciada no Senado no ano 2001, com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 21, de relatoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE). Entretanto, já era reconhecido de forma implícita como decorrente de outros direitos, como direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Na justificativa do projeto⁶⁵, o senador Valadares ressalta que, segundo o relator especial da ONU sobre alimentação, Jean Zingler, há um genocídio silencioso não motivado por produção insuficiente. A invisibilidade da fome no mundo desenvolvido é uma fatalidade indignante, matando mais de 100 mil pessoas por dia, pois a comida só era ofertada para àqueles que podem pagar. As principais causas da fome identificadas eram a desigualdade de riqueza, o enquadramento de uma necessidade vital em regras de oferta e procura determinadas por uma Bolsa Mercantil de Chicago, a corrupção e ditaduras que usavam o alimento como arma de guerra (Afeganistão e Palestina), a drenagem dos recursos para pagamento da dívida e a detenção de patentes universais por empresas agroalimentares.

⁶³ BRASIL, 2006, art.3º.

⁶⁴ BRASIL, 2006, art.2º.

⁶⁵ BRASIL, 2001.

Na realidade brasileira, identificou-se que um terço da população era malnutrida e 9% das crianças morriam antes de completar um ano.

Na realidade brasileira, identificou-se que um terço da população era malnutrida e 9% das crianças morriam antes de completar um ano.

Nas últimas décadas, o Brasil “ampliou significativamente o alcance das suas políticas públicas com programas de alcance universal e com mecanismos de controle, assessoria e empoderamento dos sujeitos”⁶⁶. Entretanto, a lógica a ser utilizada pelas políticas públicas deve-se afastar do discurso humanitário de ajuda e assistência, que se torna instrumento de barganha eleitoral e sem caráter de continuidade nos governos, para provimento de direitos, com aumento das capacidades e empoderamento dos sujeitos⁶⁷. Com isso, a construção da política deve estar atrelada ao aumento das capacidades para que haja maiores liberdades de escolha.

O combate à Fome enseja excluir a privação de alimentos à população, mas também promover as liberdades instrumentais. Entretanto, não há como desconectar o indicador da pobreza e da extrema pobreza com relação à segurança alimentar e nutricional, pois, no Brasil, e, em muitos países, a ausência de renda é o principal fator que impede os indivíduos de terem acesso aos alimentos, por uma injusta distribuição.⁶⁸

O Decreto n. 7272, de 25 de agosto de 2010, que regulamenta a Lei n. 11.346/06, cria a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN) e o Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PLANSAN), focados na promoção de programas de oferta de alimentos, transferência de renda, educação, fortalecimento da agricultura familiar, aquisição governamental de alimentos, preços mínimos, acesso à terra, acesso à água de qualidade para consumo e produção, segurança alimentar dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.

Em 2014, o Brasil saiu do Mapa Mundial da Fome, segundo o relatório da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO). A estratégia de combate à fome que resultou na redução da subalimentação e desnutrição foram ocasionados por: aumento da oferta de alimentos em 10 anos, com aumento da disponibilidade de alimentos; acréscimo da renda dos mais pobres

⁶⁶ ZAMBAM, 2017, p.62.

⁶⁷ EMERIQUE, 2016b.

⁶⁸ BRASIL, 2017.

com crescimento real de 71,5% do salário mínimo e geração de 21 milhões de empregos; Programa Bolsa Família abarcando 14 milhões de famílias; merenda escolar para 43 milhões de crianças e jovens com refeições e Governança, transparência e participação da sociedade, com a recriação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA)⁶⁹.

A V Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, ocorrida em novembro de 2015, trouxe algumas prioridades de políticas sociais⁷⁰: Sistema Alimentar com produção agroecológica, acesso à terra e ao território como condição inerente ampliação de ambientes favoráveis à alimentação saudável nas escolas, locais de trabalho, locais de lazer, incentivando o acesso a alimentos de qualidade; fomento a sistemas alimentares baseados na transição agroecológica; fortalecimento de compras públicas da agricultura familiar, especialmente o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); preocupação com a disponibilidade hídrica, revitalização de bacias e nascentes e reconhecimento do protagonismo da mulher e a necessidade de melhorar o seu acesso às políticas públicas.

Os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)⁷¹ realizada pelo IBGE, entre os anos de 2014 a 2015, utilizando-se a linha de pobreza definida pelo Decreto n. 8.232/2014, denotam um leve aumento da pobreza (aumento de 6,4% para 6,6%) e de extrema pobreza (de 2,5% para 2,7%). Em 2016, com base no Decreto n. 8.794, a taxa de extrema pobreza (renda até R\$85 reais) sofreu novo acréscimo para 4,2% e de pobreza (renda per capita de R\$85 a R\$170 reais) aumentou para 4,3%.

O relatório do “Estado da Segurança Alimentar e Nutricional no Mundo (SOFI) 2018”⁷², da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, destaca que o quadro de insegurança alimentar tem aumentado no mundo, passando de 10,7%, (representando 783,7 milhões de pessoas), para 10,9% da população mundial (820 milhões), em 2017, ou cerca de uma pessoa a cada nove no mundo. Na América Latina e Caribe houve um aumento

⁶⁹ BRASIL, 2014.

⁷⁰ BRASIL, 2017.

⁷¹ BRASIL, IBGE, 2018.

⁷² FAO, 2018.

para 39,3 milhões, acréscimo de 400 mil desde 2016. A desnutrição e a insegurança alimentar grave parecem estar aumentando em quase todas as sub-regiões da África, assim como na América do Sul. Portanto, os índices revelam que há um afastamento da meta do cumprimento da meta do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 2 - Fome Zero até 2030.

Em que pese o recente relatório, não colocar o Brasil no mapa da fome – países com mais de 5% da população em situação de insegurança alimentar – a aproximação deste índice causa preocupação, já que o país passa por uma instabilidade, com alta do desemprego, avanço da pobreza, corte de beneficiários do bolsa família e congelamento dos gastos públicos por até 20 anos, com a edição da Emenda Constitucional n. 95.

Outro índice preocupante, segundo os dados do PNAD contínua⁷³, é a taxa de desocupação, que no trimestre fechado em outubro de 2018, foi de 11,7%, com aproximadamente 12,4 milhões de desempregados. No trimestre anterior, entre maio e julho de 2018, a taxa ficou em 12,3%, ou 12,8 milhões de desempregados. A redução na taxa é explicada pelo aumento da informalidade (acrécimo de 1,9%, correspondendo a 23.496 trabalhadores por conta própria) e contratações no período das eleições. As políticas de austeridade no país causam receio de retorno ao mapa da fome, bem como do declínio das condições de vida da população, especialmente aumento da pobreza, desigualdades e fome.

4. CIDADANIA, PARTICIPAÇÃO SOCIAL E DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

Em um Estado Democrático de Direito, a cidadania é exercida pela participação contínua da sociedade civil na atuação política estatal a fim de garantir o respeito à soberania popular⁷⁴, exercida pelo sufrágio universal, voto direto e secreto mediante referendo, plebiscito e iniciativa popular⁷⁵.

⁷³ BRASIL, IBGE, 2018.

⁷⁴ MORAES, 2018.

⁷⁵ BRASIL, 1988, art. 14.

A conquista e o exercício da cidadania, se faz por meio da conscientização da participação política. A noção de povo como titular da soberania guarda relação com a própria noção de poder constituinte.

A história política do país⁷⁶ demonstra a capacidade do povo de se organizar e lutar pelos seus direitos, variando a forma e a intensidade de acordo com os usos e costumes de cada época. Após o golpe militar da década de 60, os mecanismos de controle público foram eliminados, não contemplando estratégia de participação popular, e o Congresso não participava das discussões sobre a definição das políticas sociais. A partir dos anos 80, as manifestações populares se intensificam, com a recriação da UNE, nascimento da CUT e do MST, dando origem a um período de lutas sociais.

A Constituição Federal de 1988 é fruto de uma construção participativa da sociedade civil, que por meio de proposta de garantia de iniciativa popular, audiências públicas realizadas na esfera das subcomissões temáticas e a apresentação de 122 emendas populares reunindo mais de doze milhões de assinaturas, culminaram no Projeto de Constituição, sob a presidência do Deputado Bernardo Cabral⁷⁷. O texto contemplava a possibilidade de uma ampla revisão constitucional, introduzindo dois artigos no Ato das Disposições Transitórias, por meio de plebiscito para definição da forma e do sistema de governo, bem como a realização de uma revisão constitucional após cinco anos da promulgação da Constituição, com mecanismos de participação no processo decisório nas esferas de governo e estabelecendo conselhos gestores de políticas públicas⁷⁸.

A conquista e o exercício da cidadania, se faz por meio da conscientização da participação política. A noção de povo como titular da soberania guarda relação com a própria noção de poder constituinte. A soberania popular deve ser compreendida na dupla perspectiva, “significando, em síntese, que tanto a titularidade quanto o exercício do poder estatal, incluindo a assunção de tarefas e fins pelo Estado e a realização das tarefas estatais, podem sempre ser reconduzidas concretamente ao povo”⁷⁹, para que a proposição e a execução das ações programáticas sejam realizadas coletivamente.

Forma-se, então, a necessidade de mecanismos participativos efetivos e livres para ocupação de espaços na construção, implementação,

⁷⁶ ROCHA, 2008.

⁷⁷ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018.

⁷⁸ Segundo Rocha (2018, p.136), são exemplos de sistemas de gestão democrática na Administração Pública prevista na constituição: Art. 29, XII; Art. 206, VI e art.114,VI.

⁷⁹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p.288

fiscalização e monitoramento das políticas públicas. “Todos os programas assistenciais do poder público deverão ser descentralizados, ter a participação obrigatória e no mínimo paritária da sociedade civil organizada em sua gerencia, para que haja efetiva construção da cidadania”⁸⁰, transformando-a em uma arena de coordenação, aproximação e parcerias coletivas.

Pires e Vaz⁸¹(apud Isunza e Hevia⁸²) destacam a existência de interseções entre Estado e sociedade nos processos públicos de tomada de decisão, fundados num tripé, qual seja, “as lutas sociais por autonomia, as transformações institucionais dos Estados nas últimas décadas e, por último, a busca por legitimidade nas decisões tomadas”.

A participação popular está inserida nos três poderes da República. No legislativo, nas audiências públicas; no judiciário, nas audiências públicas e *amicus curiae* e, por fim, no poder executivo por meio de conselhos, conferências, ouvidoria, mesa de negociação, comitês técnicos, dentre outras formas. No governo de Dilma Rousseff, é instituída a Política Nacional de Participação Social e o Sistema de Participação Social⁸³ cujo objetivo era articular e fortalecer os mecanismos e instancias democráticas de diálogo para atuação conjunta entre o Estado e a sociedade civil.

Portanto, a perspectiva da participação social é inerente ao Estado Democrático e, por conseguinte, também ao Direito Humano à Alimentação Adequada, pois decorre do postulado da dignidade da pessoa humana, que fornece a perspectiva que o alimento é essencial para a vida, constituindo-se direito ao mínimo existencial, preexistente a qualquer outro direito conquistado. O conceito de direito ao mínimo existencial é de extrema complexidade, mas pode ser entendido como “o direito à satisfação das necessidades básicas, ou seja, direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e autonomia humana”⁸⁴. Logo, para que o poder público pudesse respeitar, proteger, promover e prover os direitos humanos, faz-se necessário o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação e controle social.

⁸⁰ CONSEA, 1995, p.145

⁸¹ PIRES E VAZ, 2012, p.9

⁸² PIRES E VAZ, 2012, apud ISUNZA, HEVIA, 2006.

⁸³ A política foi criada pelo Decreto n. 8.243, de 23 de maio de 2014, permanecendo vigente até 11 de abril de 2019, quando foi revogada pelo Decreto n.9.759.

⁸⁴ LEIVAS, 2007, p.89.

A realização do direito à alimentação exigiu a elaboração de políticas públicas participativas⁸⁵, articuladas e intersetoriais⁸⁶ dentro Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), estabelecendo a necessidade de fortalecimento e articulação das instancias democráticas de diálogo com a sociedade civil.

Nos termos da Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), o Sistema da Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) estava fundamentado em três pilares, quais sejam, a Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) e a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN), com as respectivas entidades congêneres nos Estados, municípios e Distrito Federal para facilitar o diálogo, convergência e estabelecimento de prioridades nas ações estatais, dando destaque à participação da sociedade civil, que exerce papel singular na preparação das Conferências Nacionais, bem como na composição majoritária do CONSEA Nacional, com dois terços e a presidência.

O CONSEA Nacional desempenha um importante lugar para debates públicos de participação e controle social, permitindo o recebimento de denúncias de violação do direito à alimentação adequada e, conseqüentemente, da redução da injustiça. Ademais, na luta pelo acesso e à qualidade no fornecimento dos alimentos, inclui-se outras políticas propulsoras adjacentes como o incentivo à produção orgânica e agroecológica, redução da utilização de agrotóxicos, acesso à água e reforma agrária. Por conseguinte, as políticas públicas “articulam a ação do governo à realização dos mandamentos constitucionais e à plena efetivação dos direitos fundamentais”⁸⁷

Para Emerique⁸⁸, na ótica de implementação dos direitos prestacionais sociais, “não se coaduna com nivelamentos que excluem determinados direitos ou diminuem as dimensões dos mesmos, até porque a postura acentua as desigualdades socioeconômicas”.

⁸⁵ Segundo o art. 8º, III, da Lei 11.346/06, a participação social é um princípio a ser seguido na formulação, execução, acompanhamento, monitoramento e controle das políticas e dos planos de segurança alimentar e nutricional em todas as esferas de governo.

⁸⁶ A intersectorialidade é diretriz do SISAN, estabelecida no o art. 9º, I, da Lei 11.346/06.

⁸⁷ EMERIQUE, 2016, p.71

⁸⁸ EMERIQUE, 2009, p.119-120.

A partir da abordagem das capacidades, Amartya Sen propõe pensar um sistema de pesos lexicais⁸⁹ capaz de valorar as diferentes liberdades. A participação social é um importante instrumento para a escolha de funcionamentos sociais relevantes, que podem ser objetos da política pública, ampliando a capacidade de todos, do ponto de vista de avaliação social.

5. A CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA 870 PELO LEGISLATIVO

A medida provisória é inserida no texto da Constituição de 1988. Por utilização excessiva⁹⁰ por parte do poder executivo e, após uma longa tramitação de 6 anos, em 05.09.2001, foi votada e aprovada a PEC n. 1-B, de 1995 (n. 472/97, na Câmara dos Deputados), tendo sido promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em 11.09.2001, a EC n. 32/2001, trazendo limites à edição das medidas provisórias.

Após a referida Emenda compete privativamente ao Presidente da República a iniciativa⁹¹ de propor leis para a criação e extinção de órgão público e ministérios, podendo emitir medida provisória⁹², desde que haja urgência e relevância, condicionada à aprovação do Congresso Nacional, que deve analisar a inovação legislativa.

As Medidas provisórias são editadas⁹³ em caráter de urgência e relevância pelo Presidente da República, devendo ser submetidas, no prazo de 48 horas da Publicação⁹⁴, ao Congresso Nacional no prazo de 60 dias, prorrogável por igual período, para sua aprovação e conversão em lei, nos termos do art. 62 da Constituição Federal.

Na casa legislativa, é formada uma comissão mista de 12 Deputados e 12 Senadores, e igual número de suplentes, no prazo de 24 horas, elegendo-se o presidente e o relator, observando o critério de alternância entre as Casas para a presidência e relatoria.

⁸⁹ SEN, 2011, p.412.

⁹⁰ Segundo Lenza (2019, p.1079), no período de 05.10.1998 a 20.09.2001, “havia sido editado e reeditado o assustador número de 6.130 medidas provisórias, chegando algumas delas a levar quase sete anos sem aprovação”

⁹¹ BRASIL, 1988, art. 61, § 1o, II, “e” e art.62.

⁹² BRASIL, 1988, art. 84, inciso VI.

⁹³ As limitações materiais estão expressas do art.62 § 1º da Constituição Federal.

⁹⁴ A tramitação da Medida Provisória no Congresso Nacional é regulada pela resolução n. 1, de 2002 –CN.

Nos 6 primeiros dias que se seguirem à publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, poderão ser oferecidas emendas. Da análise da comissão mista, o relator emitirá um parecer, de caráter opinativo, avaliando os aspectos de urgência e relevância, bem como os aspectos materiais e constitucionais, para que sejam apreciados, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das casas do Congresso Nacional.

Caso não seja convertida em lei no prazo legal, haverá rejeição tácita, devendo o Congresso Nacional editar um decreto legislativo⁹⁵ para reger as relações jurídicas, pois o ato normativo perdeu a eficácia desde a sua edição, operando-se efeitos ex nunc.

No caso do Direito à Alimentação, como direito fundamental social, há uma limitação implícita decorrente dos Direitos Fundamentais. Sarlet⁹⁶ ensina que “o legislador além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental.”, protegendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais tanto no aspecto material quanto organizativo, ou seja, não é possível desmontar a estrutura que sustenta administrativamente o direito sem que haja outra para realizá-lo. Ainda, “os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos”⁹⁷.

Para Emerique⁹⁸, ainda que seja “racional a regulamentação proposta pelo legislador ou pelo Poder Executivo, não pode piorar a situação de regulamentação do direito vigente, desde o ponto de vista do alcance e amplitude do seu gozo”.

Ainda, a proteção dada ao Direito à Alimentação não está ligado ao acesso aos alimentos em qualidade e quantidade, mas também abarca outras questões que desempenham papel fundamental como “a desigualdade, os níveis de renda da população mais desfavorecida, a estabilidade de sua renda e os circuitos de comercialização de alimentos”⁹⁹.

⁹⁵ BRASIL, 1988, art.62 § 3º, § 4º e § 5º

⁹⁶ SARLET, 2008, p.385.

⁹⁷ SARLET, 2008, p.212.

⁹⁸ EMERIQUE, 2009, p.118

⁹⁹ SEN, 2010b, p.184.

A ética na concessão do direito à alimentação, com qualidade, deve ser considerada como norteadora dos valores sociais determinantes dos comportamentos dos indivíduos para a preservação da dignidade da pessoa humana, não havendo nenhum outro valor social que possa ser sobreposto a este.

Em 01 de janeiro de 2019, sob o mandato do presidente Jair Messias Bolsonaro, é editada a Medida Provisória n. 870¹⁰⁰, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, ignorando toda a proteção estrutural dos direitos fundamentais. Apesar de manter a Política de Segurança Alimentar e Nutricional, agora vinculada ao Ministério da Cidadania, trouxe nefastas mudanças na LOSAN ao excluir o CONSEA do Sistema Nacional de Segurança Alimentar, provocando verdadeiro esvaziamento das competências deste órgão consultivo, inviabilizando a proteção do Direito à Alimentação e desorganizando o arcabouço conquistado, sem que outro ente incorporasse suas atribuições.

Em reação, houve uma mobilização social em mais de 40 cidades, denominado Banquetaço, no intuito de fornecer à população elementos caseiros, naturais e de qualidade, chamando a atenção para a desconstrução de várias políticas públicas da segurança alimentar e nutricional no novo governo de Jair Bolsonaro, inclusive a conscientização e a luta pelo retorno do CONSEA Nacional, órgão de construção coletiva e importante lugar para debates públicos de participação e controle social.

A ética na concessão do direito à alimentação, com qualidade, deve ser considerada como norteadora dos valores sociais determinantes dos comportamentos dos indivíduos para a preservação da dignidade da pessoa humana, não havendo nenhum outro valor social que possa ser sobreposto a este. Sen entende que “a economia deveria estar à serviço da ética, sob a orientação de códigos éticos. Ela deveria garantir o desenvolvimento do ser humano dentro da dignidade” ¹⁰¹.

CONCLUSÃO

No Brasil, os direitos fundamentais sociais, que compõem o mínimo existencial, têm previsão expressa no art. 6º da Constituição Federal. O Direito à Alimentação, entretanto, limita-se ao provimento de acesso aos alimentos, sem, contudo, versar sobre a qualidade. O Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional trouxe a perspectiva de alimentos adequados e saudáveis para atendimento das necessidades mínimas para a proteção da vida, concretizando valor ético supremo da dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁰ BRASIL, 2019.

¹⁰¹ SEN, 2010b, p. 206.

Não há como pensar em direitos civis e políticos se não é garantido um direito à própria existência da vida, sob o aspecto da saúde e da alimentação adequada. Positivar essa obrigação estatal de promover o direito ao mínimo existencial reflete um aumento de responsabilidades na elaboração de políticas públicas com ética, em que a vida é valorizada antes de qualquer outro bem jurídico.

É importante uma aproximação transdisciplinar e intersetorial das políticas da segurança alimentar e nutricional com outras áreas do saber acadêmico, como a saúde, a economia, a filosofia, as ciências sociais, para que seja possível uma reflexão crítica sobre o desenvolvimento e crescimento econômico, as privações de liberdade, suas desigualdades, bem como contribuir para avaliação e aprimoramento de políticas públicas que objetivem uma sociedade mais justa e igualitária.

O Direito Humano à Alimentação Adequada, como o direito ao mínimo existencial humano, deve atender as necessidades básicas. A ideia de justiça como bem-estar social, proposta por Amartya Sen, implica no aumento das capacidades individuais para a escolha do modo de vida que as pessoas valorizam, pois, a possibilidade de escolha, por si só, é um bem e deve ser valorado.

Não há como pensar em direitos civis e políticos se não é garantido um direito à própria existência da vida, sob o aspecto da saúde e da alimentação adequada. Positivar essa obrigação estatal de promover o direito ao mínimo existencial reflete um aumento de responsabilidades na elaboração de políticas públicas com ética, em que a vida é valorizada antes de qualquer outro bem jurídico.

Após a edição da Medida Provisória n. 870/2019, no dia 01 de janeiro de 2019, o Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional ficou comprometido com a exclusão do CONSEA Nacional, tendo em vista que a reorganização administrativa do novo governo não atribuiu a outro ente as competências realizadas por este órgão, comprometendo a matriz das capacidades, propostas por Amartya Sen, que necessariamente precisa de uma instituição com os princípios do CONSEA para funcionar, comprometendo as políticas públicas efetivadoras do Direito Humano à Alimentação Adequada.

De acordo com o procedimento de tramitação da medida provisória, com o início do Ano Legislativo, o referido ato foi encaminhado da Comissão Mista no Congresso Nacional, sob a presidência o Deputado João Roma e relatoria Senador Fernando Bezerra. As emendas foram apresentadas entre os 04 a 11 de fevereiro de 2019, totalizando 541 emendas, sendo 66 propostas para alteração do dispositivo que revogou a composição e atribuições do CONSEA.

No dia 24 de abril de 2019 foi realizada audiência pública no âmbito da Comissão Mista para tratar da importância do papel do CONSEA na garantia do direito fundamental à alimentação. O relatório inicial foi lido no

dia 07 de maio de 2019, sendo que a aprovação do Parecer n. 1, de 2019 (CM MPV n. 870/2019) na Comissão Mista ocorreu no dia 09 de maio de 2019, com a acolhida, pelo relator, da inclusão do CONSEA entre os órgãos que integram a estrutura do Ministério da Cidadania, no corpo do art. 24 da referida Medida Provisória, concluindo pelo Projeto de Lei de Conversão (PLV) n. 10/2019. No dia 28 de maio de 2019, o referido PLV foi aprovado pelo Senado Federal, mantendo o CONSEA vinculado ao Ministério da Cidadania, submetendo-se agora ao crivo da sanção presidencial. Em que pese o ato formal, o Presidente da República encaminhou carta pública solicitando que senadores e senadoras mantivessem o texto aprovado pela Câmara dos Deputados, lida pelo presidente do Senado na sessão de votação, assumindo um compromisso público de sancionar o referido PLV, nos termos aprovados. O monitoramento das ações governamentais no Brasil segue necessário para que o Direito a Alimentação Adequada seja garantido pelo Estado de Direito brasileiro.

Apesar do estudo não trazer uma resposta conclusiva, a exclusão do CONSEA, enquanto órgão participativo e realizador do Direito à Alimentação do Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional, sem transferência de suas atribuições para outro ente, representa aniquilação do direito fundamental. Por outro lado, a inserção do CONSEA na estrutura do Ministério da Cidadania é uma incógnita se haverá respaldo para sua reestruturação nos moldes anteriormente fixados, com a participação social ativa e livre.

Destacam-se, entretanto, três ações preponderantes para a manutenção das atribuições do CONSEA. A primeira diz respeito à organização e atuação do movimento social nas ruas, realizando o “Banquetaço”, em todas as capitais do país, ressaltando que a extinção do CONSEA geraria o enfraquecimento do controle social das políticas públicas ligada à alimentação. A segunda, foram os debates travados no âmbito da Comissão Mista na audiência pública, no qual restou evidenciado a inconstitucionalidade da exclusão do CONSEA no âmbito da Segurança Alimentar e a importância da participação e controle social no Estado Democrático de Direito, pois as atribuições e competências não foram acolhidas por nenhuma outra parte ou setor governamental. Por fim, a terceira, pode ser retratada pela alta adesão dos deputados e senadores na propositura das emendas para reverter o esvaziamento do CONSEA e garantir o Direito Humano à Alimentação Adequada

REFERÊNCIAS

ABRANDH, M. L. *O Direito Humano à Alimentação Adequada e o sistema nacional de segurança alimentar e nutricional*. Brasília: 2013. 263p. Disponível em <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/seguranca_alimentar/DHAA_SAN.pdf>. Acesso em 20 de dez. 2018.

ANTUNES ROCHA, C. L. “O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social”. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 2, p. 49-67, dez. 2001. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

ARRUDA, B.K. G.; ARRUDA I. K. G.. “Marcos referenciais da trajetória das políticas de alimentação e nutrição no Brasil”. *Rev. Bras. Saúde Mater. Infant.* 2007 Set.; 7(3): 319-326. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292007000300011&lng=en.> . Acesso em: 20 de jan.2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1519-38292007000300011>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 05 de maio de 2019>. Acesso em: jan. 2019.

_____. *Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992*. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 12 dez. 2018.

_____. IBGE. PNAD Contínua - Divulgação: novembro de 2018. Trimestre: jul. Ago-set/2018. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Quadro_Sintetico/2018/pnadc_201803_trimestre_quadroSintetico.pdf> . Acesso em: 02 de jan. 2019.

_____. *Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm>. Acesso em: 03 dez. 2018.

_____. *Medida Provisória n. 870, de 01 de janeiro de 2019*. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm>. Acesso em: 02 de jan. 2019.

_____. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial de Desenvolvimento Social. “*Brasil sai do mapa da fome das nações unidas*”. Brasília, 2014. Disponível em < <http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2014/setembro/brasil-sai-do-mapa-da-fome-das-nacoes-unidas-segundo-fao>> . Acesso em: 20 de jan. 2019

_____. MDSA. Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional. *Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – PLASAN 2016-2019*, Brasília, 2017. 73p. Disponível em https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/seguranca_alimentar/caisan/Publicacao/Caisan_Nacional/BalancoPLANSAN2016_2019.pdf. Acesso em: 02 de jan. 2019.

_____. Senado Federal. *Proposta de Emenda Constitucional n. 21, de 08 de agosto de 2001*. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/47868/pdf>>. Acesso em: 10 de dez de 2018

CONSEA – Conselho Nacional de Segurança Alimentar. I Conferencia Nacional de Segurança Alimentar. Secretaria Executiva Nacional da Ação da Cidadania. *Ação da Cidadania contra a fome, a miséria e pela vida*. Rev. de James A. Segurado Parabayba. Brasília, 1995.

EMERIQUE, L. M. B.. “Percepções empíricas sobre o controle judicial de políticas públicas”. *Quaestio Iuris (Impresso)*, v. 9, p. 670-694, 2016a. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18267>>. Acesso em: 20 de mar. 2019.

_____; FIGUEIRA, L. E. ; BRITTES, G. . “Direito e políticas públicas: um diálogo necessário”. *Direito e Justiça (URI)*, v. 26, p. 62-79, 2016b. Disponível em < http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/1895>. Acesso em: 20 de mar. 2019.

_____. *Neoconstitucionalismo e direitos sociais: um contributo para a luta contra a pobreza*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ FAPERJ, 2009. v. 1. 228p.

FAO, IFAD, UNICEF, WFP and WHO. 2014. *The State of Food Insecurity in the World 2014. Strengthening the enabling environment for food security and nutrition*. Rome, FAO. Disponível em < <http://www.fao.org/3/a-i4030e.pdf> >. Acesso em: 02 abr. 2019.

FREITAS, M. C. S.. *Agonia da fome*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ; Salvador: EDUFBA, 2003. 281p. ISBN85-8906-004-7. Available from SCIELO books. Disponível em < <http://books.scielo.org> > . Acesso em: 25 de janeiro de 2019

FREITAS, M. C. S.. “Uma abordagem fenomenológica da fome”. *Rev. Nutr. [online]*. 2002, vol.15, n.1, pp.53-69. ISSN 1415-5273. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-52732002000100007&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 05 de fev. 2019

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2012. *Texto para Discussão (TD) 1794: As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen*. Disponível em <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/989?mode=simple>>. Acesso em: 02 de jan. 2019.

LEIVAS, P. C.. “O direito fundamental à alimentação: da teoria das necessidades ao mínimo existencial”. In: PIOVESAN, F.; CONTI, I. (Org.). *Direito humano à alimentação adequada*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.79-92.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 23ª Ed.– São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, A. *Direito constitucional* - 34. Ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES DE AZEVEDO, M. L., “Igualdade e equidade: qual é a medida da justiça social?”. *Avaliação: Revista da Avaliação da Educação Superior [online]*. 2013. Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=219125744008>> . Acesso em: 16 de jan. 2019.

ONU – Organização das Nações Unidas. “Comentário geral número 12: o direito humano à alimentação (art. 11)”. *Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos*. 1999. [online]. Disponível em < <http://www.abrandh.org.br/downloads/Comentario12.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2018.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, A. “Afinal, para que servem as condicionalidades em educação do Programa Bolsa Família?”. *Ensaio: aval. pol. públ. Educ.*, [online]. Rio de Janeiro, v. 21, n. 80, p. 513-532, jul. /set. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v21n80/a07v21n80.pdf>. Acesso em: 22 de jan. 2019.

PIRES, R.;VAZ, A. Participação social como método de governo? Um mapeamento das “interfaces societais” nos programas federais. *Texto para discussão nº1707*. IPEA. 2012.

RAMOS, A. C. *Curso de direitos humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAWLS, J. *Liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000

ROCHA, E. A Constituição cidadã e a institucionalização dos espaços de participação social: avanços e desafios. 20 anos da constituição cidadã: avaliação e desafio da seguridade social, *Anfip*, Brasília, 2008. Disponível em <http://desafios2.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/outras_pesquisas/a%20constituio%20cidad%20e%20a%20institucionalizao%20dos%20espaos%20de%20participao%20social.pdf>. Acesso em: 20 de mar. 2019.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 Ed. Rev. Atual. E ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado. Ed.2008

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SEN, A. K. *A ideia de justiça*. Tradução Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra, Almedina, 2011.

SEN, A. K. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: MOTTA, Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das letras, 2010a.

SEN, A. K. *As pessoas em primeiro lugar: A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Tradução Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das letras, 2010b.

SILVA, S. P. *A trajetória histórica da segurança alimentar e nutricional na agenda política nacional: projetos, descontinuidades e consolidação*. 2014. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3019/1/TD_1953.pdf>. Acesso em 16 maio de 2019.

SOUZA, N. P; et al. “A (des) nutrição e o novo padrão epidemiológico em um contexto de desenvolvimento e desigualdades”. *Ciênc. Saúde coletiva [online]*. 2017, vol.22, n.7, pp.2257-2266. ISSN 1413-8123. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017227.03042017>.

TOMAZINI, C. G.; LEITE, C. K.S. “Programa Fome Zero e o paradigma da segurança alimentar: ascensão e queda de uma coalizão?”. *Rev. Sociol. Polit.* 2016, vol.24, n.58, pp.13-30. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104. Acesso em: 22 jan.2019.

WEBER, T. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 54, n. 127, p. 204, Jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2013000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ZAMBAM, N. J.; KUJAWA, H. A. “As políticas públicas em Amartya Sen: condição de agente e liberdade social”. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 60-85, mar. 2017. ISSN 2238-0604.. Disponível em: < <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1486>>. Acesso em: 28 dez. 2018. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n1p60-85>.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POSSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DOS CASOS DE ESTUPRO CONTRA MULHERES: UMA ALTERNATIVA AO SISTEMA CRIMINAL PUNITIVISTA

**Raissa Figueiredo
Atanes**

Graduanda em direito pela
faculdade Faci Wyden.
Belém, Pará – Brasil.
raissaatanes@gmail.com

**Sandra Suely Moreira
Lurine Guimarães**

Sandra Suely Moreira
Lurine Guimarães Doutora
em Ciências Sociais pela
Universidade Federal do
Pará. Professora no curso
de direito da faculdade Faci
Wyden. Belém, Pará – Bra-
sil. sandralurine@ yahoo.
com.br.

Recebido: junho 30, 2019

Aceito: março 10, 2020

Restaurative justice as a possibility
for judicialization of rape cases
against women: an alternative to the
punitivist criminal system

RESUMO

O presente trabalho, por meio de um estudo bibliográfico, tem como objetivo discutir a possibilidade de adotar a Justiça restaurativa nos casos de estupro contra mulheres. Isto porque o modelo tradicional de justiça criminal, declaradamente punitivista, tem como objetivo precípua a adoção da punição sem considerar minimamente as necessidades das vítimas, que em regra é quase sempre vista como objeto probatório para fins de condenação ou absolvição do agressor. Como o estupro é uma forma de violência que deixa consequências indelévels na vítima, e considerando o número elevado de casos de estupro contra mulheres no Brasil, há a necessidade de uma reflexão sobre a inadequação do sistema criminal punitivista e retributivo na judicialização dessa prática criminosa. Dentre outras coisas, o sistema criminal tende a reproduzir os estereótipos de gênero

presentes no senso comum social, cuja consequência é a revitimização da mulher, ao culpabilizá-la pela violência da qual foi vítima. Por essa razão, é pertinente analisar se o modelo restaurativo, cujo cerne é a reparação e, portanto, prioriza as necessidades da vítima sem descuidar do agressor, mostra-se uma alternativa adequada à abordagem do estupro.

Palavras-chave: Estupro; Justiça restaurativa; Sistema criminal; Revitimização.

Abstract

The present work, through a bibliographical study, aims to discuss the possibility of adopting restorative justice in cases of rape against women. This because the traditional model of criminal justice, clearly punitive, has as its primary objective the adoption of punishment without taking into account the needs of the victims, which is almost always seen as a probative object for the condemnation or absolution of the aggressor. As rape is a form of violence that leaves indelible consequences on the victim, and considering the high number of cases of rape against women in Brazil, there is a need to reflect on the inadequacy of the punitive, retributive, criminal system in the judicialization of this criminal practice. Among other things, the criminal system tends to reproduce the gender stereotypes present in the social common sense, the consequence of it is the revictimization of women, blaming her for the violence which she was the victim. For this reason, it's necessary to analyze if the restorative model, whose core is the repair and, therefore, prioritizes the needs of the victim without neglecting the aggressor is an alternative to the rape approach.

Keywords: Rape; Restorative justice; Criminal system; Revictimization.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva discutir a possibilidade da adoção da justiça restaurativa nos crimes de estupro contra mulheres como alternativa ao modelo criminal punitivista. Isto porque teóricas como Andrade¹ denunciam que o sistema criminal referido é ineficaz à abordagem da violência sexual contra mulheres, notadamente do estupro. Ressalta-se que essa prática é a manifestação mais atroz de violência contra a mulher, e que no Brasil, segundo os dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2016,² ocorre um estupro a cada onze minutos. Com este artigo, pretende-se argumentar que a justiça restaurativa pode ser um modelo de justiça adequado ao tratamento desse tipo de violência.

¹ ANDRADE, 2012.

² FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016.

A problemática que norteia a proposta desse artigo é: de que modo a Justiça restaurativa pode contribuir com a judicialização nos casos de estupro?

Nesta perspectiva, adotou-se o método hipotético-dedutivo utilizando a pesquisa bibliográfica para alcançar o objetivo pretendido. Ressalta-se que as vítimas desse crime ficam com sequelas que não são sequer mitigadas pela mera aplicação da pena com a privação da liberdade do infrator. Por essa razão, aduziremos que o sistema criminal punitivista não tem se revelado adequado à abordagem judicial dos crimes de estupro quando a vítima é mulher, de modo que produz o fenômeno da revitimização.

Será feita uma explanação sobre o papel discriminatório da mulher vítima de crimes de estupro quando esta adentra o sistema criminal. Assim, estudar as peculiaridades desse crime e os seus procedimentos legais, pelos quais a vítima deve percorrer, ajuda-nos a entender o sofrimento desnecessário vivido após o grande trauma que essa forma de violência ocasiona. Ademais, em meio a tantas desigualdades de gênero presentes na sociedade, as mulheres ainda são vistas como “provocadoras” ou “merecedoras” de tal sofrimento. Nesse sentido, surge a importância de uma prática não eventual para a solução desse conflito que possa priorizar a vítima no sentido de que ela não seja vista como mero objeto probatório no processo, mas que possa ter suas necessidades minimamente atendidas, no intuito de promover a reparação ou mesmo mitigar seu sofrimento.

Por fim, é indispensável discutir as razões pelas quais a justiça restaurativa ainda não obteve êxito no atual sistema punitivo brasileiro, principalmente em crimes de natureza sexual. Dessa forma, a problemática que norteia a proposta desse artigo é: de que modo a Justiça restaurativa pode contribuir com a judicialização nos casos de estupro? Nesta perspectiva, nosso objetivo se consistiu em discutir como a justiça restaurativa pode ser uma via alternativa ao modelo de justiça criminal punitivista, nos casos de estupro contra mulheres, por se revelar mais adequado à abordagem dessa forma de violência, a medida em que seu cerne é vítima e a reparação do dano.

2. O PAPEL DISCRIMINATÓRIO DA MULHER NOS CRIMES DE ESTUPRO

O estupro é certamente uma das manifestações de violência mais antigas da história da humanidade. Já foi inclusive considerado crime contra o patrimônio, considerando que a mulher era propriedade do

pai e depois do marido. Por consequência desse raciocínio jurídico, esse delito não era punido em razão da violência que causava, mas propriamente por constituir uma violação ao patrimônio de outro homem. Assim, percebe-se que sequer havia a visibilidade da mulher como vítima, mas a preocupação com a propriedade.

De acordo com Vigarello,³ somente a partir do século XVI o estupro começa a ser visto como uma forma de agressão, mas não contra a mulher e sim contra a honra de sua família. Desta feita, caso a mulher fosse virgem e de família abastada, havia uma reprovabilidade maior, do mesmo modo que mais intenso esforço em punir o agressor considerando a necessidade de restaurar a honra da família.

No ordenamento jurídico brasileiro, o crime de estupro encontra-se no rol de crimes contra a Dignidade Sexual. No entanto, pelo *modus operandi* e pelas consequências de tal prática delitiva, é considerado, também, uma afronta à própria dignidade humana, tipificado no art. 213 do Código Penal Brasileiro.⁴ O bem jurídico protegido é a dignidade sexual do ofendido, ou seja, o seu direito de usar livremente da sua sexualidade. Ressalta-se, nesse aspecto, a autonomia da vontade, no que tange à liberdade sexual, e por consequência, a integridade do corpo, que inclusive é tida como condição para a soberania do sujeito.

Esse direito de manifestar livremente a sexualidade não pode ser negado sequer no caso de a vítima ser prostituta, razão pela qual é reservada à profissional do sexo a faculdade de aceitar ou não ter relações sexuais. Essa ressalva, ainda que pareça desnecessária, justifica-se a medida em que o judiciário brasileiro tende, em alguns julgados, a negar o bem jurídico dignidade sexual, no caso de estupro, quando a vítima é prostituta.

Parece inconteste que o estupro é a manifestação mais atroz da dominação masculina sobre a mulher, isso porque é um ato violento no qual o corpo da vítima é usado para a satisfação do impulso sexual mais primitivo. No estupro, há eliminação da soberania sobre o corpo, o que já foi considerado como elemento fundamental para o acesso à cidadania. Além disso, o sofrimento da vítima é ignorado, e sua autonomia e dignidade são profundamente nega-

³ VIGARELLO, 1998.

⁴ BRASIL, 1941.

Alguns elementos presentes no estupro, tais como a ocorrência majoritariamente contra as mulheres e a depreciação da vítima por meio do questionamento de sua conduta pessoal e moral, dentre outros, possibilitam defender que se trata de um crime de gênero, uma vez que é praticado por homens contra mulheres e revela uma concepção masculina de dominação social, corolário do patriarcado.

das, acarretando assim sua verdadeira objetificação. Trata-se de um fenômeno social, em virtude de não ser pontual e ocorrer segundo padrões amplamente presentes e, de certo modo, aceitos na sociedade.

Alguns elementos presentes no estupro, tais como a ocorrência majoritariamente contra as mulheres e a depreciação da vítima por meio do questionamento de sua conduta pessoal e moral, dentre outros, possibilitam defender que se trata de um crime de gênero⁵, uma vez que é praticado por homens contra mulheres e revela uma concepção masculina de dominação social, corolário do patriarcado. Assim entendido, o estupro é uma forma de manifestação do poder masculino pautado na submissão feminina que resulta no domínio do corpo da mulher.

Desta feita, institui-se e consolida-se a *cultura do estupro*,⁶ traduzida pela reificação da mulher, de sorte que a violência sexual corre o sério risco de ser naturalizada, dada a sua incidência e a tolerância social face a mesma. Diante dessa realidade, é bastante razoável, conquanto lamentável, que um dos grandes receios de uma mulher, malgrado a violência multifacetária, seja exatamente o de ser vítima do estupro, receio esse vivenciado de forma reiterada e exclusivamente por mulheres.

⁵ Gênero é um conceito das ciências sociais que começou a ser utilizado a partir da década de 1960, para se contrapor à ideia de que a desigualdade entre homens e mulheres era decorrente de suas diferenças biológicas, portanto, naturais. Os elevados números de violência sexual contra é um demonstrativo de que a violência sexual, especialmente o estupro, é um crime de gênero. No que concerne ao fato de ser um crime de gênero, o estudo realizado pelo do IPEA em 2014 revelou que 96,66% dos agressores são do sexo masculino. Todavia, é importante destacar que a violência de gênero, de acordo com Saffioti (2015, p. 47), engloba tanto a violência de homens contra mulheres quanto a de mulheres contra homens, uma vez que, segundo a autora o conceito de gênero é aberto. No entanto, no que concerne ao estupro, conforme já exposto, trata-se faticamente de uma violência de homens contra mulheres.

⁶ De acordo com Campos et al (2017 p. 983), a noção de cultura do estupro, é produto da literatura feminista acadêmica norte-americana. Para algumas teóricas norte-americanas, existe uma cultura que apoia o estupro, com base na forma como essa cultura define a sexualidade masculina como naturalmente agressiva e a feminina como passiva. Demais disso, essa mesma cultura impõe papéis sociais às mulheres que devem se comportar de forma recatada, delicada e de não assertividade. Campos acrescenta ainda que na lógica da cultura do estupro, as mulheres são ensinadas a se comportarem de forma adequada o que inclui não andar sozinha, não usar roupas provocativas, como medidas para evitarem o estupro. Nesta perspectiva, há uma tendência de a sociedade naturalizar o estupro, quando ocorre em circunstâncias que, supostamente, a vítima concorreu para sua vitimização. Sobre a existência de uma cultura do estupro, no Brasil, é mister destacar os dados fornecidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2016, que atestam a ocorrência de cento e vinte e cinco estupros por dia, sendo necessário considerar o fenômeno da subnotificação (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016). Isto nos leva à conclusão que a ocorrência dessa violência seja muito maior, tendo em vista o número de casos não notificados.

O estupro contra mulheres revela a condição de vulnerabilidade da mulher face à sua condição desigual em relação ao poder masculino. Ressalta-se que a vulnerabilidade não é um atributo do sujeito, mas uma situação na qual ele é colocado. Assim, a vulnerabilidade é traduzida por uma fragilidade que, por sua vez, remete à desigualdade em relação a outros, representando menos poder nas relações, portanto, uma relação assimétrica.

A prática do estupro revela uma forma de vulnerabilidade que decorre do gênero, tendo em vista o tratamento da mulher ao longo da história. Esse teve os mais diversos fundamentos, cujo elemento central era visão de uma suposta inferioridade da mulher em relação ao homem. Neste aspecto, destaca-se o recurso a fatores biológicos para “explicar” a condição de inferioridade biológica da mulher. Ademais, é importante ressaltar que nem sempre as mulheres tiveram voz, para publicizar as violências das quais eram vítimas. Perrot⁷ considera que o silêncio ao qual as mulheres estiveram submetidas, esteve relacionado historicamente à invisibilidade que lhes foi imposta.

No que se refere à visão biológica que tentava justificar a inferioridade da mulher, face ao homem, é somente com sua relativização que emerge a concepção de que, no que concerne às mulheres, trata-se de um grupo social com tarefas específicas, sem visibilidade e acesso a direitos. Nesta perspectiva, as diferenças entre o feminino e o masculino deixam de serem vistas como inferioridade do primeiro face ao último e passam a ser entendidas como resultados de construções socioculturais.

No ato violento do estupro, a subjetividade da mulher é completamente negada, assim como sua autonomia e dignidade são totalmente violadas, o que acarreta seu processo de vitimização. Por essa razão, interessa-nos analisar se, na condição de vítima em meio ao processo criminal, a mulher é, pela segunda vez, colocada na condição de objeto probatório, o que resulta na sua revitimização, tal como elucida Câmara ao afirmar que:

O fenômeno da estigmatização ou revitimização da vítima ocorre, preferencialmente, no espaço processual penal, considerado como a mais angustiante das *cerimônias degradantes* (...) e implica em uma inten-

⁷ PERROT, 2017.

sificação e ampliação dos danos (materiais ou imateriais) que a vítima sofrera com o delito. Demais disso, já no ambiente policial, é possível constatar na qualidade de *first line enforcer* os agentes policiais “não brincam em serviço” quando se trata de conferir rótulos degradantes a determinadas vítima.⁸

Na perspectiva do direito penal, o estupro é um crime doloso, ou seja, é necessário a vontade de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.⁹ Com a reforma no Código Penal, trazida pelo advento da Lei 12.015/2009,¹⁰ qualquer pessoa pode praticar ou sofrer a infração penal. Torna-se necessário explicar que o autor do crime de estupro não necessariamente será aquele homem dotado de alguma patologia sexual ou social, como fica claro na seguinte passagem:

O crime de estupro ocorre com qualquer mulher e pode ser cometido por qualquer homem, sem se especificar idade, cor, etnia, raça, condição econômica ou nível cultural. Não existe um perfil específico de esturpador e muito menos de vítimas, podendo os agressores serem quaisquer pessoas, e até mesmo aqueles em que menos se espera, como marido, irmão, tio, colega de trabalho, patrão, amigo, etc., abrangendo todas as classes sociais, e sem nenhuma motivação especial para o feito.¹¹

Em crimes de tal natureza, a palavra da vítima é de suma importância para o desenvolver de um processo criminal, haja vista que os crimes sexuais, como o estupro, nem sempre têm comprovação simples, por ocorrerem de forma clandestina, em regra, na ausência de testemunhas. Aliado a isso, muitas vezes as vítimas sentem medo, humilhação e vergonha de comparecerem à delegacia, para denunciar o fato. Com isso, passa-se muito tempo, prejudicando o resultado de exames realizados no Instituto Médico Legal. Nesse sentido, a palavra da vítima deve ser considerada a principal prova para a possível condenação do agressor.

A trajetória a ser percorrida pela vítima após a difícil decisão de denunciar o estupro é lenta, árdua e sinuosa, e tem início com a fase

⁸ CÂMARA, 2008, p. 84. Grifos do autor.

⁹ CUNHA, 2016.

¹⁰ BRASIL, 2009.

¹¹ SANTOS, 2017, p. 45.

Ressalta-se que, no momento da oitiva da mulher que sofreu a violência, seu relato é avaliado tão somente como um elemento probatório, sem que se considere que relatar a violência é recordar a dor que ela carrega.

considerada pré-processual, por meio do inquérito policial¹². Destaca-se que nesse momento a vítima é instada a fazer o relato do ato violento em um ambiente completamente destituído dos meios adequados para seu acolhimento. Isso fica menos constrangedor quando é realizado em uma Delegacia de mulheres. Nesse primeiro contato com o sistema criminal, a discriminação já revela sua face, de modo que tem início a suspeita que deverá acompanhar a vítima nas demais etapas do curso do processo. É o que defende Câmara na seguinte passagem:

Na práxis constroem-se estereótipos que se adscvem às vítimas de certos tipos de crime e, uma vez que a vítima concreta não preencha certas características peculiares ao clichê ou arquétipo-padrão, em lugar de ser apoiada, ouvida e de receber solidariedade e atenção (...) não apenas não é devidamente acolhida, como principalmente a vítima feminina em delitos relacionados com a autodeterminação sexual (...) não raro, é tratada como *suspeita* ou *provocadora*.¹³

No decorrer do processo a mulher vítima deve expor reiteradas vezes sua intimidade, sem que o magistrado considere o aspecto traumático de se recordar o ato violento, o que não deve ocorrer sem uma certa carga de sofrimento. Desta feita, ela deve prestar depoimento da forma mais inequívoca possível de modo a não deixar qualquer traço de incoerência ou contradição. Ressalta-se que, no momento da oitiva da mulher que sofreu a violência, seu relato é avaliado tão somente como um elemento probatório, sem que se considere que relatar a violência é recordar a dor que ela carrega. Em razão do exposto, cabe questionar se o sistema criminal, seguindo sua lógica de funcionamento, pode ser um mecanismo eficaz de reparação às vítimas de estupro.

¹² Sobre o inquérito policial, Jorge (2015) esclarece que se trata da atividade específica da polícia denominada judiciária que, no âmbito da Justiça Estadual, concerne à Polícia Civil e, na Justiça Federal, à Polícia Federal. O inquérito tem por objetivo realizar a apuração das infrações penais e de sua autoria, tal como resta claro no art. 4º, do Código de Processo Penal. Essa fase pré-processual tem sua razão maior no convencimento daquele que é responsável pela acusação. Destaca Oliveira que, na fase do inquérito, o juiz, órgão acusador, sequer deveria ter contato com a investigação. A participação do juiz, nesse momento, só se justificaria quando houvesse lesão, risco ou ameaça de lesão às garantias fundamentais. De acordo com a legislação vigente, o prazo para que o inquérito seja concluído e enviado ao Ministério Público é de dez dias se o acusado já estiver preso, em virtude de flagrante, e de trinta dias caso o acusado esteja em liberdade.

¹³ CÂMARA, 2008, p. 84. Grifo do autor.

2 O SISTEMA CRIMINAL É EFICAZ NA PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DE ESTUPRO?

A criminologia crítica, recente campo de saber voltado ao estudo da criminalidade, tem como um de seus principais méritos a revelação de que o sistema criminal é calcado em uma contradição inescapável entre a igualdade formal dos sujeitos de direito e a desigualdade substancial dos indivíduos¹⁴. Esta última é traduzida pela seletividade concernente à classe e raça, que realiza a seleção dos sujeitos que podem ou não ser considerados delinquentes. Todavia, malgrado a criminologia crítica ter realizado a denúncia da seletividade do sistema criminal no que tange à seletividade de classe e raça, não teve o alcance ou mesmo a intenção de ampliar a seletividade para abarcar a categoria de gênero e, com isso, expor o tratamento que esse sistema dispensa às mulheres, sejam como vítimas ou autoras de crimes.

As demandas judiciais quase sempre são acompanhadas das dores dos sujeitos que ingressam no judiciário. Dessa forma, no campo do sistema criminal chegam as maiores manifestações de sofrimento no que diz respeito à violência sexual contra a mulher, sobremaneira o estupro. O direito penal, como poder punitivo, é marcadamente seletivo ao escolher quem é o inimigo do Estado, ou seja, ser violador da norma penal. Todavia, essa seletividade recai sobre a vítima quando uma mulher sofre a violência do estupro. Isto porque nos julgamentos do estupro é comum que o sistema criminal opere um deslocamento do foco do fato criminoso para a moral sexual e o comportamento pregresso da vítima.

O modelo punitivista, tradução do direito penal moderno, consiste em um padrão de soluções de conflitos cujo traço marcante é a adoção da pena como única resposta à prática delituosa. Isso fica claro quando se constata que a própria denominação do campo jurídico que se ocupa do crime, é denominada de direito penal. Diante disso, resta claro que a função precípua do sistema criminal na aplicação do direito penal é a aplicação da pena a qualquer prática que possa ser tipificada como crime. Os questionamentos que ora fazemos é: o modelo criminal tradicional é adequado à abordagem de qualquer tipo de crime? Nos casos de violência contra a mulher, especialmen-

¹⁴ CAMPOS, 1999.

te nos casos de estupro, o direito penal é uma estratégia eficaz no combate a essa forma de violência?

A pertinência desses questionamentos decorre da necessidade, ainda que com limites precisos, de uma discussão sobre a contribuição da criminologia feminista como reveladora dos limites e problemas do discurso penal na garantia dos Direitos Humanos, especialmente no combate à violência sexual contra a mulher.

A este respeito, Campos¹⁵ defende que a grande contribuição da criminologia feminista foi precisamente em relação à tese da seletividade penal apontada pela criminologia crítica, ao constatar que a referida seletividade não contemplava a desigualdade de gênero. Assim, segundo essa autora, a criminologia crítica desconsiderou a gênese da opressão exercida sobre as mulheres, reduzindo sua análise à classe e raça sem englobar o gênero, de modo que

[a]s criminólogas feministas sustentaram que a opressão da mulher não pode ser reduzida à opressão de classe, pois ela é anterior e distinta, produto da estrutura patriarcal da sociedade(...). Determinados mecanismos como o medo, a violência, a sexualidade, a ideologia dirigida especialmente às mulheres lhes atribuem um determinado papel.¹⁶

Desta feita, é somente sob a influência do movimento feminista que o sistema criminal será criticado a partir da categoria de gênero, de modo a expor as inadequações desse sistema no concernente às mulheres vítimas de violência, especialmente a sexual. Assim, a criminologia feminista inovou ao denunciar que a seletividade do sistema criminal envolve também o marcador gênero, que encerra a complexa articulação entre patriarcado e direito penal. Um dos pontos de convergência entre direito penal e patriarcado é a pretensa defesa da sociedade, de valores sociais, e da manutenção da ordem. Entretanto, o traço invisível desse entrelaçamento é, na verdade, o controle dos corpos e das vontades.

A discriminação entre o masculino e o feminino estabelece papéis rígidos e fixos a cada um deles. Desse modo, o gênero é o referencial na atribuição de papéis a mulheres e homens, assim ocorrendo a legitimação de determinadas práticas sociais. Ao homem cabe o espaço público para exercer seu protagonismo, por ser considerado

¹⁵ CAMPOS, 2002.

¹⁶ CAMPOS, 2002, pp. 140-141.

produtivo, especialmente no mundo do trabalho; à mulher, resta a dimensão privada, doméstica, o âmbito familiar. Esse espaço que lhe é atribuído serve também de controle sobre sua sexualidade e assim normatiza seu comportamento. Isso faz com que nos casos de estupro haja um julgamento prévio sobre o comportamento da mulher, de sorte a decidir quem é a “vítima genuína” que merece a proteção estatal, e aquela que, segundo o sistema de justiça, não sofreu violação do bem jurídico, dignidade sexual, como ocorre no caso das prostitutas, tal como fica claro no seguinte julgado:

ESTUPRO. VERSÃO DA VÍTIMA PROSTITUTA. VERSÃO INVEROSSIMEL. FALTA DE PROVAS. RECURSO IMPROVIDO.

A sentença decidiu com acerto, ante a falta de prova da existência do crime. (...) *em se tratando de uma prostituta, sua estória há de ser examinada com reservas.*¹⁷

A decisão em análise é particularmente ilustrativa daquilo que estamos argumentando, ou seja, que o sistema punitivista se revela inadequado à abordagem dos casos de estupro por reproduzir a visão do senso comum, de modo a condenar as mulheres vítimas quando elas não se encaixam nos papéis sociais que lhes foram atribuídos. Nessa situação concreta, fica evidente que o julgamento incide no comportamento sexual e na vida pregressa da vítima, de modo que o relato do estupro, por vezes único elemento probatório, recai no que Andrade¹⁸ considera uma hermenêutica da suspeita. O julgado revela também que, malgrado a mudança legislativa no crime de estupro, que retirou a expressão *mulher honesta* do tipo penal, permanece na mentalidade do julgador a lógica da honestidade, que divide as mulheres entre as que foram vítimas do estupro e aquelas que provocaram o ato.

O sistema criminal, ao julgar o estupro pelo viés da conduta social e moral feminina, acaba por afirmar e reafirmar socialmente que uma mulher de boa reputação e “cuidadosa” terá menos chances de ser vítima desse ato. Pensar assim significa não refletir, porque em culturas nas quais mulheres usam burcas e têm pouco trânsito no espaço público observa-se a ocorrência de crimes da mesma natureza. Esse discurso, que imputa às mulheres a responsabilidade

¹⁷ Grifo nosso. BRASIL, 1993.

¹⁸ ANDRADE, 2012.

por sua própria dor, acarreta uma tolerância quanto a esse delito, legitimando assim a *cultura do estupro*.

Destarte, é imprescindível pensar alternativa de judicialização dos casos de estupro, de modo que seja possível oferecer proteção e tratamento digno às mulheres vítimas. Por essa razão pertine pensar a Justiça restaurativa como essa possibilidade. Nesse novo modelo, é de extrema importância a valorização da vítima com o intuito da reparação, mas que não descure da preocupação com o autor do delito, assim como a comunidade.

O que se constata é que o modelo criminal voltado estritamente à punição e reiteração da discriminação de gênero apenas reproduz os preconceitos que alimentam o senso comum e, tal como essa estrutura, também imputa à mulher a responsabilidade pela violência da qual foi alvo. Assim, reiteramos a necessidade da adoção de outro modelo de justiça, tal como foi exposto, mas, acima de tudo, uma mudança de mentalidade daqueles que, conforme Bourdieu, tem a autoridade de dizer o direito. Por essa razão é imprescindível pensar em um modelo alternativo de justiça que ultrapasse o limite da simples punição, cujo cerne seja atender os interesses da vítima no que diz respeito à reparação, todavia, sem descuidar do agressor, tal como preconiza a Justiça restaurativa.

O que se constata é que o modelo criminal voltado estritamente à punição e reiteração da discriminação de gênero apenas reproduz os preconceitos que alimentam o senso comum e, tal como essa estrutura, também imputa à mulher a responsabilidade pela violência da qual foi alvo.

3. A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS NECESSIDADES DAS VÍTIMAS

Antes de discutir a possibilidade da adoção da Justiça restaurativa nos casos de estupro contra mulheres, é de extrema importância trazer uma breve exposição dessa forma alternativa de justiça. Isto posto, a Justiça restaurativa pode ser conhecida como uma técnica de solução de conflitos, caracterizados como crimes, que prima pela sensibilidade na escuta e destaque trazidos às vítimas, tal como defende Zehr:

A Justiça restaurativa se preocupa em especial com as necessidades das vítimas de atos ilícitos, aquelas necessidades que não estão sendo adequadamente atendidas pelo sistema de justiça criminal. Não raro as vítimas se sentem ignoradas, negligenciadas ou até agredidas pelo processo penal. Isto acontece em parte devido à definição jurídica do crime, que não inclui a vítima. O crime é definido como ato

cometido contra o Estado, e por isso o Estado toma o lugar da vítima no processo.¹⁹

Destarte, a vítima passa a ter papel de maior evidência e voz ativa. Além disso, tem participação e controle dos procedimentos utilizados, recebendo: assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação. Assim, com a justiça restaurativa suprem-se as necessidades individuais e coletivas da vítima e da comunidade, pois, de acordo com Bianchini,²⁰ em razão da vítima ter um papel essencial, essa tem a oportunidade de expressar suas angústias e sentimentos geralmente negligenciados no sistema tradicional, assim como oportuniza ao criminoso a assunção de sua culpa e responsabilidade.

Demais disso, a Justiça restaurativa tem como escopo a redução do sistema criminal, a fim de que este seja o último recurso, e assim mitigar seus efeitos, seja para os sujeitos envolvidos, autor e vítima, seja para o Estado. Em acréscimo, a Justiça restaurativa possibilita a democratização dos conflitos penais, na medida em que há o verdadeiro protagonismo dos envolvidos na gestão do drama penal. A aplicação da Justiça restaurativa se dá por meio de diversas formas de diálogo entre os envolvidos, utilizando-se de técnicas presentes na mediação, conciliação ou círculos restaurativos, buscando a retomada do equilíbrio abalado pelo crime.

Deve-se ressaltar que a participação da vítima, bem como dos outros integrantes no procedimento da Justiça restaurativa, deve ser de forma voluntária. Caso contrário, poderiam ser revividas agressões e traumas decorrentes da prática delitiva, resultando em maiores prejuízos à vítima. Quanto a esta última, esse modelo alternativo, de acordo com Achutti, se mostra como “um sistema de atenção às vítimas (...) que há interesse público com a situação de vitimização e em buscar minimizar as consequências da ação sofrida”.²¹

A fala honesta e veraz da vítima não tem por objetivo servir de elemento probatório para fins de condenação do ofensor. Como se trata de um modelo cujo enfoque central é a vítima, a valorização do seu relato representa a oportunidade de expor seus sentimentos, seu sofrimento. A esse respeito, Zehr considera que:

¹⁹ ZEHR, 2012, p. 24. Grifo nosso.

²⁰ BIANCHINI, 2012.

²¹ ACHUTTI, 2016, p. 80.

[u]m elemento importante no processo de recuperação ou superação da vivência do crime é a oportunidade de narrar o acontecido (...) é importante para a vítima contar a história àqueles que causaram o dano, fazendo-os entender os impactos de suas ações.²²

Em relação à fala da vítima, em regra único elemento probatório nos casos de estupro, a Justiça restaurativa não tem como objetivo utilizá-la como prova contra o agressor, mas sim a oportunidade da vítima em expor seu sofrimento. Nesse sentido, o diálogo não assume unicamente o contorno de depoimento ou testemunho, que servirá para fins de condenação ou absolvição do agressor, como é a regra no modelo convencional.

Nossa opção por discutir o modelo restaurativo de justiça em um trabalho que aborda a violência sexual contra a mulher está para além da simples preocupação com criminalização dessa prática e a punição do agressor. Entretanto, não se deve concluir que defendamos a impunidade ou que confundamos não punição com a simples impunidade. Todavia, o destaque concedido à vítima é justificado considerando os efeitos que essa forma de violência causa na mesma e da sua necessidade de superação ou de ressignificação do seu sofrimento. Para a Justiça restaurativa, o crime não é visto simplesmente como uma violação da norma estatal, mas como um ato que efetivamente causou uma lesão, um dano e, muitas vezes, sofrimento a uma pessoa concreta, tal como ocorre com o estupro.

4. JUSTIÇA RESTAURATIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A Justiça restaurativa está diretamente ligada com a defesa dos Direitos Humanos inseridos nas sociedades, buscando um novo ideal não apenas sancionador, mas especialmente que tenha um alcance de reparação para a vítima. É notório o avanço dos quadros políticos nas principais nações que assimilaram o direito moderno, notadamente no que concerne ao direito penal. No Brasil, a Constituição de 1988²³ traz o maior rol de proteção dos indivíduos, de modo que esse campo do direito acompanhou aos novos ditames jurídicos, trazendo maior proteção aos acusados.

²² ZEHR, 2012, p. 25.

²³ BRASIL, 1988.

O sistema penal brasileiro é classista, ou seja, seleciona sujeitos que devem sofrer a sanção estatal e aqueles que são protegidos pelo Estado. Nesse sentido, a atuação estatal na manutenção da democracia e dos direitos fundamentais é de extrema importância.

No entanto, a atuação estatal no controle da criminalidade não tem se mostrado ineficaz, por meio do sistema criminal punitivista, trazendo insatisfação e descrédito social. Desta feita, o sistema criminal punitivista encerra uma certa ausência de legitimidade, seja por não reintegrar o agressor, seja por não prevenir novas práticas delituosas. Demais disso, o referido sistema negligencia por completo o respeito aos interesses da vítima, dado que sua finalidade precípua parece ser a punição do agressor.

No que tange à Justiça restaurativa, apesar de ser aplicada em diversos países do mundo, é fundamental que exista uma adaptação de seus fundamentos antes de serem aplicados a uma sociedade com características próprias, como a brasileira. O sistema penal brasileiro é classista, ou seja, seleciona sujeitos que devem sofrer a sanção estatal e aqueles que são protegidos pelo Estado. Nesse sentido, a atuação estatal na manutenção da democracia e dos direitos fundamentais é de extrema importância. Contudo, se não é exercido de forma eficaz o Estado deve buscar outros meios para garantir seus objetivos e cumprir com a justiça.

Em primeiro lugar, é necessário mudar a mentalidade social, no sentido do desestímulo da visão estritamente punitivista, de modo a evidenciar os benefícios da Justiça restaurativa, mesmo entre os atores do mundo jurídico. Atualmente, esse sistema é pouco utilizado em crimes graves de natureza sexual, de modo que sua utilização tem sido em relação aos crimes leves, sem violência.

Alguns benefícios são da aplicação do modelo restaurativo: desafogamento do judiciário, com uma grande diminuição do número de processos, e a possibilidade de mudar a visão de que a pena é a única resposta ao crime, fomentando a reparação dos danos, assim como a assunção da responsabilidade consciente por parte do agressor.

A Justiça restaurativa, não obstante ser uma abordagem centrada na vítima, e, por conseguinte, seu enfoque ser no dano sofrido, tendo em vista a reparação das consequências causadas, não descarta a condição do agressor, da mesma forma que envolve a comunidade, como esclarece Zehr: “Embora a primeira preocupação deva ser o dano sofrido pela vítima, a expressão ‘foco no dano’ significa que devemos também nos preocupar com o dano vivenciado pelo

ofensor e pela comunidade”²⁴. Reiteramos, nessa toada, o quanto a abordagem restaurativa coaduna-se à abordagem jurídica dos casos de violência sexual contra as mulheres.

Nos Estados Unidos, existe um programa restaurativo chamado *Victims Voices Heard*, destinado a casos graves de violência sexual e doméstica após o cumprimento da pena. Após meses de preparação, o referido programa coloca as partes do conflito frente a frente para que possam ser tratadas as violações sofridas.

Programa similar é o *Project Restore* na Nova Zelândia, o qual também tem enfoque em crimes de violência sexual. Todos os casos são avaliados pelo *Restore Clinical Team*, o qual é composto por membros qualificados e experientes. Os especialistas realizam reuniões individuais com a vítima, membros de sua família e o agressor para, então, passar para um encontro frente a frente. Tal processo não possui um prazo específico, podendo demorar semanas, meses e até mesmo anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema criminal brasileiro, inclusive seu subsistema e seu sistema prisional, está em crise, em processo de deterioração, de modo que padecem de uma crise de legitimidade por não cumprir suas promessas, seja de prevenção ao crime, seja de reinserção do criminoso à sociedade. Cada vez mais a violência aumenta no país, fato que é demonstrado nos estudos sobre a violência, como o Mapa da Violência, Instituto de Pesquisa Econômico – IPEA, dentre outros. Demais disso, há a morosidade processual que se implantou no judiciário em decorrência do alto índice de demandas e dos números escassos de sujeitos que integram o poder judiciário. Nesse sentido, torna-se necessária uma alternativa na resolução de conflitos criminais, buscando um sistema judicial mais humanitário, que traga benefícios não somente para os envolvidos, como para a sociedade.

Os melhores resultados são obtidos quando existe uma abordagem com ação preventiva, educativa e jurídica. Essa perspectiva é muito ausente nas classes mais carentes da sociedade, onde a criminalidade e o desinteresse estatal e social são maiores. Em suma, o sistema

²⁴ ZEHR, 2012, p. 34.

jurídico penal de uma sociedade, não pode se desvincular dos elementos sociais dos envolvidos na prática criminosa.

No que concerne à violência do estupro, a Justiça restaurativa apresenta-se como uma possibilidade de resolução de conflitos, especialmente em razão da primazia conferida à vítima, ao dano sofrido, sem olvidar do agressor. Por ser uma abordagem centrada na vítima, o cerne desse modelo é a restauração do dano e o empoderamento daquela, o que pode contribuir com o processo de resiliência da vítima do estupro. A Justiça restaurativa mostra-se mais apropriada por apresentar uma resposta tripartida: reparação, responsabilização e reintegração. Assim, embora seja um modelo voltado para os interesses da vítima, ele não descarta do agressor, nem da comunidade. Ademais, pode ser utilizado – é o que defendemos – como caráter suplementar ao modelo hegemônico, punitivo, para determinados casos nos quais este revele-se inócuo.

Para encerrar, ressaltamos que todo esforço em construir instrumentos jurídicos ou mesmo procedimentos interdisciplinares, para a adequada judicialização do estupro será inócua se a atuação judicial continuar a reproduzir os estereótipos de gênero frutos de um senso comum cultural e permanecer refém de modelo criminal punitivista. Tal esforço parece se assemelhar àquele realizado pelas figuras mitológicas das *Danaides*, cujo trabalho é infindável, todavia sem apresentar qualquer resultado vantajoso, como ocorre com o modelo punitivista. Por isso a aposta no modelo restaurativo para esse tipo de violência.

A Justiça restaurativa mostra-se mais apropriada por apresentar uma resposta tripartida: reparação, responsabilização e reintegração. Assim, embora seja um modelo voltado para os interesses da vítima, ele não descarta do agressor, nem da comunidade.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ANDRADE, Vera R. P. *Pelas Mãos da Criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BIANCHINI, Edgar H. *Justiça restaurativa: um desafio à Praxis jurídica*. Campinas: Servanda, 2012.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 mai. 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Estupro. Versão da vítima prostituta. Versão inverossímil. Falta de provas. Recurso improvido. Apelação crime nº 0004858-2. Relator: Eli R. de Souza. Paraná, 12 de agosto de 1993. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3985092/apelacao-crime-acr-48582>. Acesso em: jun. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 12.015*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 18 mai. 2020.
- CÂMARA, G. C. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CAMPOS, Carmen Hein. A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil. In: ANDRADE, Vera Regina (Org.) *Verso e o Reverso do controle penal: (Des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Volume 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulinas, 1999.
- CAMPOS, Carmen Hein et al. Cultura do estupro ou cultura antiestupro. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 3, set./dez. 2017, pp. 981-1006.
- CUNHA, Rogério S. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016. Acesso em: jun. 2019.

JORGE, Aline P. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PERROT, Michelle. *Minha história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2017.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero patriarcado violência*. São Paulo: Expressão popular, 2015.

SANTOS, Camilla S. S. dos. Crimes de estupro. A culpabilização da mulher vítima. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 22, n. 5081, mai. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57810/crimes-de-estupro/1>. Acesso em: 14 jun. 2018.

VIGARELLO, G. *História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

ZEHR, H. *Justiça restaurativa*. Tônia Van Acker (trad.). São Paulo: Palas Athenas, 2012.

A TESE DO MARCO TEMPORAL NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONTROVÉRSIA POSSESSÓRIA ACERCA DOS DIREITOS TERRITORAIS INDÍGENAS

The temporal milestone thesis in the federal supreme court decisions and the possessory controversy regarding the indigenous territorial rights

Vivian Lara Caceres Dan
Doutora em sociologia e direito pela universidade federal fluminense (UFF). Professora adjunta do curso de direito, campus Barra do Bugres, Universidade Do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Barra do Bugres, MT, Brasil. vivianlcaceresdan@gmail.com.

Flavia Benedita Sousa de Assis

Flavia Benedita Sousa de Assis Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Barra do Bugres, MT, Brasil. flaviabsassis@gmail.com

Recebido: maio 18, 2019
Aceito: junho 24, 2020

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a aplicação da tese do marco temporal, criada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), acerca das demarcações de terras indígenas no Brasil. A discussão analisa o caso Raposa Serra do Sol, bem como três decisões proferidas pela 2ª Turma do STF, em que aplicou a referida tese como precedente para definir a demarcação das terras indígenas. Ao final, tem-se uma discussão acerca da aplicação dessa nova categoria jurídica e a controvérsia possessória frente aos direitos territoriais indígenas. Empregou-se o método comparativo, monográfico e bibliográfico com base em três casos específicos.

Palavras-chave: Marco temporal; demarcação; direito territorial.

This article aims to analyze the application of the temporal milestone thesis, created by the Federal Supreme Court (STF), regarding the demarcations of indigenous lands in Brazil. The discussion analyzes the Raposa Serra do Sol case, as well as three decisions issued by the Second Panel of the STF, in which it was applied that thesis as precedent to define the demarcation of indigenous lands. In the end, there is a discussion about the application of this new juridical category and the possessory controversy in face of indigenous territorial rights. The comparative, monographic and bibliographic methods were used based on three specific cases.

Keywords: Temporal milestone; demarcation; territorial right.

Ao adentrar a esfera jurídica, os indígenas por vezes se deparam com uma situação precária diante da ausência do amparo jurídico capaz de solucionar a demarcação de suas terras. É o que se retira da aplicação da tese do Marco Temporal, criada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

INTRODUÇÃO

O tema da demarcação de terras indígenas sempre foi objeto de calorosos debates dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque está atrelada a questão fundiária, que é voltada ao atendimento das diversas demandas advindas de diferentes segmentos da sociedade, caracterizada pela complexidade do desafio da distribuição justa e igualitária de terra no Brasil. Entre esses segmentos estão os povos indígenas que buscam ver seus direitos territoriais reconhecidos usando para isso a via do judiciário. Tratam-se de direitos territoriais apenas declaratórios e não constitutivos porque o direito à terra é anterior, sendo o indígenato a fonte primária e congênita da posse territorial. A Constituição Federal apenas formaliza o ato de demarcação que é meramente declaratório nos termos do artigo 231, parágrafo 2º da Constituição Federal e também conforme artigo 14 da Convenção n. 169 da OIT.

Entretanto, ao adentrar a esfera jurídica, os indígenas por vezes se deparam com uma situação precária diante da ausência do amparo jurídico capaz de solucionar a demarcação de suas terras. É o que se retira da aplicação da tese do Marco Temporal, criada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Trata-se de uma restrição genérica que impõe a presença dos indígenas nas terras na data de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal.

Por essas razões, o presente artigo objetiva analisar a aplicação da tese do Marco Temporal nas decisões da Suprema Corte, em especial,

algumas decisões da 2ª Turma que vêm emprestando essa categoria jurídica como precedente para definir a demarcação de terras indígenas. Ademais, será discutido também como a aplicação dessa tese pode impactar na controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas.

Dessa forma, este artigo teve como referencial teórico na discussão da controvérsia possessória dos direitos territoriais indígenas, os autores Bruno Pegorari¹, Thiago Leandro Vieira Cavalcante², Carolina Ribeiro Santana³, Deborah Duprat e Julia Thais Moraes e Silvia Dettmer Araujo⁴.

A metodologia utilizada foi o método monográfico, pois a investigação partiu de estudos de casos para compreensão de um determinado contexto e realidade e comparativo. Ainda, a investigação tem o intuito de ressaltar as diferenças e similitudes dos três casos que foram fundamentados pela tese do Marco Temporal bem como, a implicação dessa tese no direito de posse aplicado na perspectiva indígena.

Para tanto, no primeiro capítulo, aborda-se o julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no qual o STF criou a tese do Marco Temporal e as dezenove condicionantes. O segundo capítulo aborda três decisões de demarcação de terras indígenas proferidas pela 2ª Turma do Supremo com a aplicação da tese do Marco Temporal como precedente. E por fim, tem-se uma análise acerca da aplicação da tese do Marco Temporal como um novo critério de demarcação das terras indígenas. Nesse sentido, formula-se uma reflexão sobre o apagamento, nessas decisões, do processo de construção histórica de lutas desses povos para permanecer e conservar suas terras e tradições.

1. JULGAMENTO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL (PET. 3.388-RR): AS DEZENOVE CONDICIONANTES E A TESE DO MARCO TEMPORAL

A questão do tempo de ocupação de determinadas áreas indígenas obteve grande repercussão com a aplicação da tese do Marco Temporal e as dezenove condicionantes, bem como os critérios definidos

¹ PEGORARI, 2017.

² CAVALCANTI, 2016.

³ SANTANA, 2015.

⁴ DUPRAT, 2015.

pelo relator da decisão, quando do julgamento da demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol em Roraima pela Suprema Corte em 2009.

O caso que chegou ao pleno do STF para ser decidido adveio da demanda que consistia na impugnação do ato demarcatório instituído pela Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça e homologada em 2005 pelo Presidente da República. Referida Portaria promovia a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A impugnação da demarcação foi promovida por ruralistas, maioria arroteiros, que alegavam possuir títulos da posse da terra, bem como pelo Governo do Estado de Roraima sob o argumento de que as terras não eram contínuas. Os argumentos se baseavam no fato das terras serem ocupadas por diversas etnias e que não poderiam ser transformadas numa faixa única, pois a ampliação da demarcação dada pela Portaria nº 534/2005 comprometia a produção agrícola do estado.

A partir do voto de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto foi reconhecido, pelo pleno do STF, a legalidade do processo administrativo da demarcação. Assim, o relator entendeu que não houve qualquer violação à soberania nacional, em relação à proximidade das terras de fronteiras políticas ao norte do Estado brasileiro com a Guiana e Venezuela, bem como garantiu a contiguidade da demarcação não restringindo as demarcações ao método de ilhas. Entendeu também o relator, em sentido contrário aos argumentos trazidos pelo governador do Estado de Roraima e pelos ruralistas que alegavam propriedade das terras, e que não houve qualquer violação ao princípio federativo e nem ao desenvolvimento nacional conforme afirma Pegorari⁵.

Entretanto, a decisão proferida pela Suprema Corte no caso das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol, trouxe em seu bojo inovações quanto à interpretação do artigo 231 da Constituição Federal. Estabeleceram critérios de demarcação para terras indígenas, quais sejam as dezenove condicionantes e ao chamado “Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras indígenas” no qual se consagrou a partir de então, a emblemática tese do Marco Temporal.

Quanto às condicionantes, estas foram propostas pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e aderida pelo plenário. As dezenove condicionantes versam, entres outros temas, sobre a prevalência

⁵ PEGORARI, 2017, p. 247.

da segurança nacional em relação ao usufruto das terras pelos indígenas. Ou seja, haveria ingresso, trânsito e a permanência de não índios nas áreas de território indígenas desde que permitido pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), órgão escolhido pela Suprema Corte para executar a decisão. Uma das condicionantes mais polêmicas é a de número XVII, que trata da proibição da ampliação da área já demarcada.

Segundo Pegorari⁶ o “Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras indígenas” disposto na decisão do relator criou critérios para o reconhecimento e demarcação das terras indígenas que foram: I - o marco da tradicionalidade da ocupação; II - o marco temporal da ocupação; III - o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional, que ressalta o critério da ancestralidade; IV - e o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade em matéria indígena nacional. Entretanto, os dois primeiros critérios citados acima são bastante polêmicos já que estruturam a tese do Marco Temporal. Segundo esta tese, para que as terras sejam consideradas indígenas deveriam ter sido ocupadas efetivamente pelas populações indígenas na data da promulgação da Constituição, ou seja, 05 de outubro de 1988.

Assim, com a aplicação das condicionantes e os critérios elencados pelo relator, em especial a tese do marco temporal, muito se questionou como se efetivaria as futuras demarcações das terras indígenas que estavam em curso e dos povos que viriam a exigir seus direitos territoriais. Nesse sentido aponta Yamada; Villares⁷:

[...] A questão do tempo de ocupação de determinada área por indígena ganhou grande relevância no atual processo de demarcação de terras indígenas visto que o julgamento da Petição RR nº 3.388, ocorrido em 2009, que tratou da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no estado de Roraima pela corte constitucional brasileira, apresentou dezenove condições para a demarcação daquela terra indígena e estabeleceu o chamado marco temporal de ocupação coincidindo com a data de promulgação da Constituição de 1988.

Os questionamentos quanto às inovações trazidas pelo acórdão em relação às condicionantes se mostram extremamente prejudiciais

⁶ PEGORARI, 2017, p. 248

⁷ YAMADA; VILLARES (apud CAVALCANTE, 2016, p.12)

ao exercício dos direitos territoriais dos povos indígenas, uma vez que estabeleceu a prioridade incondicional dos interesses da União sobre os direitos indígenas, o que acaba desestimulando o direito da comunidade à consulta prévia. Ademais, a condicionante que veda a ampliação da terra indígena já demarcada também cria um retrocesso, no que tange ao processo de demarcação, que por vezes carecem de um melhor detalhamento de todo o processo histórico. Sendo esses processos marcados por políticas do poder estatal na ótica de não indígenas e que, por vezes, não consideram o que de fato ocorreu negando os direitos originários a suas terras. Sendo assim, assevera Santana⁸:

A Lei 6.001/73, portanto, deu continuidade à prática da tutela, arquitetada quase sessenta anos antes, com a promulgação do Código Civil de 1916. Esse estatuto jurídico específico para o índio facultaria ao aparelho estatal o monopólio legal da força necessária à sua atuação em face de outros aparelhos de poder. Nesse contexto tutelar o Estado estava autorizado a decidir o que seria melhor para os povos indígenas e, nesse contexto, os direitos territoriais, eram pensados e “concedidos” sob a ótica dos não indígenas. Tal entendimento manteve-se até o advento da Constituição Federal de 1988.

Ao que se reporta acerca da tese do Marco Temporal, categoria jurídica criada a partir da decisão da Petição 3.388, aponta Pegorari⁹ que a mesma representa um grave problema: teve como erro restringir o direito originário dos indígenas as suas terras por meio de um marco temporal que não guarda reflexão com qualquer vínculo racional que se embase na situação jurídica analisada. Segundo o autor, a referida data trata de vício de anti-historicidade, pois ignora o passado indigenista brasileiro e o caráter originário de seus direitos, assim como o histórico compartilhado das graves violações dos direitos humanos desses povos por parte de particulares e do próprio Estado desde o processo colonizatório.

Desse modo, com a repercussão da decisão proferida no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi interposto Embargos de Declaração em relação ao Acórdão. E também, questionado se os termos do julgado deveriam ser utilizados nos processos de demarcação de

⁸ SANTANA, 2015, p.3.

⁹ PEGORARI, 2017, p. 249.

outras terras indígenas ou se, aquela decisão caberia somente ao caso de demarcação daquela terra indígena (daquele caso em concreto). Assim, o Ministro Roberto Barroso, relator dos Embargos de Declaração, afirmou que a decisão embargada, apesar de não ser vinculativa, gozava de “força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País”, como se retira do próprio acórdão:

A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões¹⁰.

Entretanto, os esclarecimentos dados nos Embargos não foram suficientes para barrar os diversos pedidos de análise de demarcação de terras indígenas a luz da decisão da Petição 3.388. Foram demandadas ações nas mais diversas regiões do país, sendo que a própria Suprema Corte utilizou-se da referida força persuasiva para analisar judicializações de outros procedimentos administrativos de demarcação de terras indígenas que estavam em trâmite naquela Corte.

Em especial, ao que tange às decisões proferidas pela 2ª Turma do próprio Supremo, que tem aplicado a tese do Marco Temporal, como tese jurídica para limitar ocupações indígenas quanto à demarcação de suas terras. É o que será discutido nos três casos de demarcação de terras indígenas apresentados no capítulo a seguir e que foram decididos após o caso Raposa Serra do Sol.

2 AS DECISÕES DA SEGUNDA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS TERRAS INDÍGENAS PORQUINHOS NO MARANHÃO, GUYRAROKA E LIMÃO VERDE NO MATO GROSSO DO SUL COM APLICAÇÃO DA TESE DO MARCO TEMPORAL COMO PRECEDENTE

Os embargos de declaração, sobre a decisão da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, de relatoria do Ministro Barroso, foram no sentido da não vinculação daquela sentença em outros casos de

¹⁰ Emb. Decl. na Pet. 3.388/STF, 2013, p. 2

demarcações de terras indígenas. Entretanto, o STF tem aplicado como precedente a tese do Marco Temporal de 5 de outubro de 1988 nos conflitos de demarcações de terras indígenas. Também tem usado o mesmo marco no sentido de dar novos contornos para o que seria ocupação tradicional, bem como, aplicado a extensão dos efeitos da condicionante XVII, referente a vedação de ampliação de terra indígena já demarcada, em casos posteriores a Petição 3.388-RR.

A 2ª Turma da Suprema Corte tem usado argumentos aplicados no caso Raposa Serra do Sol para anular Portarias Declaratórias de Demarcação de Terras Indígenas em avançado processo administrativo de demarcação como argumenta Santana¹¹. É o que se extrai do julgamento de três casos de demarcação de terras indígenas que serão expostas a seguir, quais sejam: Porquinhos no Maranhão, Guyraroká e Limão Verde, no Mato Grosso do Sul.

No julgado de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, sobre a Terra Indígena Porquinhos no Maranhão (RMS 29.542/STF), foi alegado que o procedimento de demarcação da referida terra descumpria a decisão dada pelo STF quando do julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A ação¹² segundo Santana,¹³ trazia os argumentos de que estava havendo a ampliação de terra indígena já demarcada na década de 1970 e homologada em 1983.

Em sua decisão, a 2ª turma do STF deu provimento ao recurso ordinário e concedeu o mandado de segurança para declarar a nulidade do processo administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Porquinhos, bem como “invalidou”, nos termos do Acórdão RMS 29.542/STF, a Portaria Declaratória nº 3.508/2009 do Ministro de Estado da Justiça que havia declarado a posse permanente das terras em que os indígenas Kanela Apñjekra ocupavam. Assim, em seu voto, a relatora Ministra Cármen Lúcia mencionou o caso Raposa Serra do Sol como norte a julgamentos de outras terras Indígenas:

Assim, conquanto se tenha reconhecido sem eficácia vinculante formal este julgado, fixou-se que os pressupostos erigidos naquela decisão

¹¹ SANTANA, 2015, p. 12.

¹² O RMS 29.542/STF tinha como requerentes os Municípios de Fernando Falcão, Barra do Corda e Grajaú

¹³ SANTANA, 2015, p.7.

para o reconhecimento da validade da demarcação realizada em Roraima decorriam da Constituição da República, pelo que tais condicionantes ou diretrizes lá delineadas haveriam de ser considerados em casos futuros, especialmente pela força jurídico-constitucional do precedente histórico, cujos fundamentos influenciam, direta ou indiretamente na aplicação do direito pelos magistrados aos casos semelhantes¹⁴.

Na decisão¹⁵, a Relatora dispôs sobre a não constatação de vícios de ilegalidades no processo demarcatório que ocorria há mais de 30 anos e por isso, não sujeitou a ampliação dessas terras. Argumentou reconhecer as salvaguardas institucionais aplicadas ao caso Raposa Serra do Sol, em respeito ao princípio da colegialidade e à ética-jurídica vinculante, e aplicou a condicionante XVII enunciada na sentença da Petição 3.388-RR.

Com relação ao julgamento da Terra Indígena Limão Verde,¹⁶ a 2ª Turma do STF, por unanimidade, deu provimento ao Agravo Regimental, requerido por Tales Oscar Castelo Branco, declarando a inexistência de ocupação indígena e a nulidade do processo de demarcação da Terra Indígena Limão Verde na área da Fazenda Santa Bárbara, do município de Aquiduaana, no Estado de Mato Grosso do Sul.

O acórdão de relatoria do Ministro Teori Zavascki foi fundamentado na teoria do Marco Temporal entendendo que não restou comprovado que o povo Terena ocupava a área reivindicada no dia 05 de outubro de 1988, bem como interpretando pela não configuração do esbulho renitente. Desse modo, trouxeram os seguintes argumentos no acórdão:

Ora, no caso, tanto o voto vencedor, quanto o voto vencido do acórdão recorrido permitem concluir que a última ocupação indígena na área objeto da presente demanda (Fazenda Santa Bárbara), deixou de existir desde, pelo menos, o ano de 1953, data em que os últimos índios teriam sido expulsos da região. Portanto, é certo que não havia ocupação indígena em outubro de 1988.¹⁷

Em relação ao esbulho renitente o Ministro explanou no seguinte sentido:

¹⁴RMS 29.542/STF, 2014, p. 11-12

¹⁵O voto da Ministra foi acompanhado pelos outros Ministros, Gilmar Mendese Celso de Melo sob os mesmos argumentos.

¹⁶Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462-MS

¹⁷ Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462/STF, 2014, p. 4.

As tentativas de reintegração às terras trazidas ao processo pelos indígenas e autoridades, segundo o relator, embora fossem “manifestações formais”, eram também esparsas que duraram décadas e que não configurou a existência de esbulho renitente, uma vez que os indígenas não continuaram resistindo em suas terras até 5 de outubro de 1988.

O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.¹⁸

O Ministro aplicou a tese do Marco Temporal tanto para comprovar a ocupação dos indígenas em sua terra, bem como para acrescentá-lo aos argumentos de que não houve esbulho renitente. As tentativas de reintegração às terras trazidas ao processo pelos indígenas e autoridades, segundo o relator, embora fossem “manifestações formais”, eram também esparsas que duraram décadas e que não configurou a existência de esbulho renitente, uma vez que os indígenas não continuaram resistindo em suas terras até 5 de outubro de 1988.

Já no caso da Terra Indígena Guyaroká foi interposto no STF, o Recurso Ordinário RMS 29. 087/ STF, contra uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que havia denegado o mandado de segurança impetrado pelo agricultor Avelino Antonio Donatti. O mandado de segurança pleiteava a anulação da Portaria 3.219 de 2009 emitida pelo Ministro da Justiça, na qual declarava a posse permanente da Terra Indígena Guyrároka aos Guarani-Kaiowá. O remédio constitucional foi impetrado sob a alegação que as terras indígenas em questão situavam dentro do imóvel rural titularizado pelo recorrente.

Assim, a 2ª Turma da Suprema Corte entendeu, também nesse caso, que não fora atendida a tese do Marco Temporal e concedeu o mandado de segurança para declarar a nulidade do processo administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Guyaroká, bem como a anulação da Portaria 3.219 de 2009. O recorrente alegava no processo, que a Portaria elencada como ato coator teria violado o seu direito líquido e certo já que teria declarado como terra indígena uma gleba de sua propriedade. Segundo o recorrente, o mesmo

¹⁸ Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462/STF, 2014, p. 10-11.

exercia a posse com “exclusividade”, sem a presença de indígenas no local, pelos menos desde 1940, conforme relatado por Pegorari¹⁹.

O Ministro Lewandowski, relator da demanda, se retirou do processo já que afirmou que na discussão de posse de terra submetidas a processo demarcatório era necessária dilação probatória, o que não poderia ser decidido em sede de mandado de segurança. Também argumentou o relator, a inexistência de efeito *erga omnes* relacionado ao caso Raposa Serra do Sol, ou seja, não poderiam ser aplicadas as teses da Petição 3.388/RR naquele caso.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes pediu vistas do processo e trouxe um voto divergente, tornando-se o novo relator do caso. Dessa forma, entendeu que a comunidade indígena Guarani-Kaiowá não habitava a área declarada há mais de setenta anos, ou seja, desde a década de 1940, segundo o que interpretou dos documentos trazidos ao processo como o laudo da Funai. Diante dessa interpretação, o Ministro entendeu necessário aplicar as ressalvas institucionais proferidas no caso da Terra Indígenas Raposa Serra do Sol, em especial a que atende a tese do Marco Temporal, qual seja, a não presença da comunidade indígena Guarani-Kaiowánana data da promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes trouxe os seguintes argumentos no acórdão:

Mesmo preceito foi seguido no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, em 19 de março de 2009. Na Pet. 3.388, o Supremo Tribunal Federal estipulou uma série de fundamentos e salvaguardas institucionais relativos à demarcação de terras indígenas. Trata-se de orientações não apenas direcionados a esse caso específico, mas a todos os processos sobre mesmo tema. Importante foi a reafirmação de marcos do processo demarcatório, a começar pelo marco temporal da ocupação. O objetivo principal dessa delimitação foi procurar dar fim a disputas infundáveis sobre terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas. Deixou-se claro, portanto, que o referencial insubstituível para o reconhecimento aos índios dos “direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, é a data da promulgação da Constituição Federal, isto é, 5 de outubro de 1988.²⁰

¹⁹ PEGORARI, 2017, p. 249-250.

²⁰RMS 29. 087/ STF, 2014, p. 3-4

Destacou ainda, que o recorrente detinha o título da propriedade há mais de 25 anos sendo este, o legítimo proprietário das terras em questão. Trouxe também para a discussão em seu voto, o entendimento do que a Suprema Corte entende sobre terras tradicionalmente ocupadas, com a aplicação da Súmula 650 do STF, que trata dos aldeamentos extintos. A referida súmula dispõe que “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupados por indígenas em passado remoto”²¹. Nesse sentido, explanou que a aplicação da Súmula 650 é critério que leva em conta o objetivo de posse e deixou claro que a posse tradicional é aliada ao Marco Temporal de 05 de outubro de 1988 diferindo de posse imemorial. É o que retira de parte do acórdão no voto o Ministro:

O marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária. Caso contrário, em nada adiantaria o estabelecimento de tais limites, que não serviriam para evitar a ocorrência de conflitos fundiários. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, repita-se, não compreende a palavra “tradicionalmente” como posse imemorial.²²

Após a polêmica decisão da 2ª Turma do STF foram interpostos Embargos de Declaração tanto pela Procuradoria da União como pelos representantes Indígenas. Entre os argumentos estão os questionamentos de que os indígenas não foram ouvidos no processo e de não ter havido dilação probatória. Entretanto, os embargos sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foram rejeitados pelo Ministro com os argumentos de que os embargantes queriam rediscutir questões já analisadas com a finalidade de alterar o resultado do Julgamento.

Para tanto, é preciso que se faça uma análise e discussão sobre como funciona o processo de demarcação de terras indígenas, procurando entender os seguintes conceitos: o que são terras tradicionalmente ocupadas segundo a Constituição Federal? Qual a interpretação de posse sob a ótica indígena? O que configura esbulho renitente?

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 650. Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

²²RMS 29. 087/ STF, 2014, p. 5.

E ainda, quais argumentos jurídicos contrários a forma como essa categoria está sendo aplicada tendo como fundamento o marco temporal e as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol? É o que será discutido no próximo capítulo.

3. APLICAÇÃO DA TESE DO MARCO TEMPORAL E A CONTROVÉRSIA POSSESSÓRIA ACERCA DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

A tese do Marco Temporal e as salvaguardas institucionais criadas, a partir do julgamento da Petição 3.388-RR, são duas novas categorias criadas pelo STF que vêm sendo aplicadas às demarcações de terras indígenas como demonstrado nos casos julgados pela 2ª Turma. Entretanto, são categorias que não estão previstas expressamente em qualquer legislação vigente. Desse modo, quanto à tese do Marco Temporal, conforme argumenta Santana,²³ trata-se de um exercício interpretativo do relator do julgamento do caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no qual o mesmo buscou extrair do próprio corpo normativo da Constituição, os marcos regulatórios referentes aos processos de demarcações.

A exigência do marco de 05 de outubro de 1988, como forma de estabelecer aos indígenas o direito de terem consideradas suas terras como tradicionalmente ocupadas, acaba por ignorar as diversas circunstâncias que provocaram a saída de vários grupos indígenas de suas terras. Pois, esses processos aconteceram de várias formas configurando inclusive o chamado esbulho renitente. O esbulho renitente, trouxe diversas formas de retirada dos indígenas de suas terras como, por exemplo, situações em que as comunidades indígenas foram removidas por convencimentos das autoridades governamentais ou pela aproximação com o homem branco. Em muitos casos, foram expulsos no processo de colonização e ocupação dessas terras para a produtividade agropecuária no país. Nesse sentido argumenta Cavalcante²⁴:

[...] Em casos como os descritos pelos autores, será necessário um exercício teórico e semântico para que se evidencie que violência, por exemplo, é um conceito que não se reduz à violência física.

²³ SANTANA, 2015, p.8.

²⁴ CAVALCANTE, 2016, p. 15-16.

O convencimento fraudulento, a coação, o constrangimento e a fuga de ameaças também devem ser caracterizados como atos violentos, configurando assim o “esbulho renitente”, pois os indígenas, embora desejem o contrário, continuam sendo impedidos de retornar para suas terras de ocupação tradicional.

Assim, é importante compreender que a posse indígena não pode ser exigida nos moldes da posse civil. O conceito de posse pelo indígena deve ser visto a partir de um olhar que permita flexibilizá-la. Devem ser levadas em consideração as diversas formas de posse, como as que ocorreram de forma precária ou por meio de resistência, ou seja, a permanência na terra que ocorre conforme determinado momento histórico, de resistência ou de luta. Exemplos disso são as situações de esbulhos embutidos aos agrupamentos indígenas de várias regiões do país, nos quais muitos desses grupos indígenas, tentavam permanecer em suas terras na condição de trabalhadores braçais, meeiros nas fazendas ou pequenas propriedades que eram constituídas por aqueles que foram os autores do esbulho sofrido pelos indígenas. É o que ocorreu no caso da Terra Indígena Guyraroka. Nesse sentido, é que Pegogari afirma²⁵, quando cita o relatório elaborado pela Funai no caso da Terra Indígena Guyraroka, e não interpretado como suficiente pelo STF:

[...] Nesse documento, alguns dados fáticos em relação a terra podem ser encontrados: (i) a terra se encontra em área ocupada pelos ancestrais dos Guarani-Kaiowa antes do período colonial; (ii) os índios demonstram vontade de retornar e demonstram haver um vínculo especial com a terra; (iii) a ocupação de caráter permanente da terra deixou de existir a partir da década de 1940; (iv) os motivos pelos quais a ocupação permanente desapareceu na década de 1940 foram que: a) as terras voltaram ao domínio da União; b) as terras foram tituladas e, posteriormente; c) as terras foram vendidas ou distribuídas pelo Estado do Mato Grosso do Sul aos colonos; d) os índios foram paulatinamente expulsos pelos fazendeiros; e) muitos índios tornaram-se peões e portanto permaneceram na terra onde sempre viveram sob esta nova condição de mão-de-obra barata. O laudo também concluiu que (i) os Kaiowa deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos na região; (ii) a ocupação da terra pelas fazendas

²⁵PEGORARI, 2017, p. 252.

Assim, é importante compreender que a posse indígena não pode ser exigida nos moldes da posse civil. O conceito de posse pelo indígena deve ser visto a partir de um olhar que permita flexibilizá-la.

desarticulou a vida comunitária dos Kaiowa; (iii) muitos permaneceram e trabalharam como peões; (iv) na década de 1980 as últimas famílias deixaram o local.

Desse modo, é perceptível que os indígenas do caso Guyaroka não abandonaram suas terras de forma voluntária e mesmo sendo expulsos tentaram manter o vínculo de alguma forma, ainda que trabalhando para os supostos proprietários. Ademais, o Relatório Circunstanciado da Funai²⁶ reconheceu os direitos de posse e de usufruto exclusivo aos Kaiowá à Terra Indígena de Guyaroká, entendendo que se tratava de terras tradicionalmente ocupadas, mesmo com o afastamento dos indígenas diante do esbulho renitente, como fora abordado por Pegorari²⁷.

Outro ponto bastante questionável nas decisões proferidas pela 2ª Turma do STF é a interpretação da ocupação tradicional das terras indígenas aliadas à tese do Marco Temporal. A Suprema Corte, quando do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, criou o marco da tradicionalidade de ocupação das terras indígenas, que segundo o voto do relator do caso, acaba por estruturar-se na tese do Marco Temporal. Entretanto, a crítica que se faz em torno dos julgados do STF, acerca das terras tradicionalmente ocupadas, é a respeito da interpretação restritiva do artigo 231 da Constituição, pois, segundo Cavalcante,²⁸ embora haja uma definição no texto constitucional, a tradicionalidade não é conceito autoexplicativo. Assim, o artigo 231, §1º da Constituição dispõe:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

²⁶ O Relatório Circunstanciado da Funai foi posteriormente utilizado como fundamento de reconhecimento das terras aos indígenas por meio da Portaria Declaratória do Ministro da Justiça.

²⁷ PEGORARI, 2017, p. 252-253.

²⁸ CAVALCANTE, 2016, p. 10.

De acordo com o artigo 231, §1^a da Carta Magna extrai-se uma interpretação gramatical em que o critério do marco tradicional da ocupação se baseia em dois elementos: um imaterial²⁹ e outro material³⁰. Assim, como aponta Pegorari,³¹ as comunidades indígenas devem demonstrar caráter de perdurabilidade de sua relação com a terra, no sentido de exercer suas tradições, costumes e subsistência. Dessa forma, para Duprat,³² a interpretação apresentada pelo texto constitucional, traz uma definição de ocupação tradicional a partir dos modos de ocupação e não pelo tempo de ocupação indígena de uma determinada área, ou seja, é uma ampliação dada pelo texto constitucional de 1988 para que os povos indígenas possam ter condições de viver de acordo com suas concepções de mundo, multiplicando-a deixando o seu legado às gerações futuras.

No entanto, a definição de terras tradicionalmente ocupadas vai além da profundidade temporal, necessitando de uma compreensão narrativa e histórica da vida dos povos indígenas, como afirma Duprat³³:

[...] muito embora não imobilizadas espacialmente e não definidas necessariamente pela profundidade temporal, a definição de terras tradicionalmente ocupadas requer uma compreensão narrativa das vidas desses povos. A tradição que emerge dessa narrativa não é mera repetição de algo passado, mas participação num sentido presente (Gadamer, 1998: 571). Não é mera remissão ao contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação. Daí por que a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, por cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva.

Desse modo, consubstanciando a interpretação de ocupação tradicional pelos indígenas e a descrição trazida pelo texto constitucional, extrai-se a compreensão de que os indígenas detêm direitos originários às terras que habitam ou habitavam. Deve ser levado em consideração todo o processo histórico que sofreram bem como,

²⁹ Espiritual, ancestral, psicológico;

³⁰ A relação direta com terra, como, por exemplo, caça, pesca entre outras atividades

³¹ PEGORARI, 2017, p. 248.

³² DUPRAT, 2015, p. 16-17.

³³ DUPRAT, 2015, p. 7.

Segundo Santana a política indigenista, em vários momentos, foi pautada pelos parâmetros e ponto de vista apenas estatal no que se refere às demarcações de terras indígenas. Essa política, no passado, tinha uma visão integracionista e assimilacionista que buscava transformar os indígenas em pequenos agricultores com a intenção de criar homens “cidadinos civilizados”.

as tentativas de permanecerem ou de retomarem as suas terras com seus usos, costumes, crenças e hábitos.

Esse conceito não pode, portanto, ser definido apenas por ocupação física da terra em determinada data. Há de se realizar um estudo pormenorizado pelo Grupo Técnico³⁴, composto por especialistas, que poderão afirmar se uma ocupação indígena é ou não tradicional a partir de análises dos usos, costumes tradições indígenas aliadas a toda construção histórica que esses povos passaram.

Ainda há que mencionar o fato de que se tratam de direitos territoriais apenas declaratórios e não constitutivos porque o direito à terra é anterior. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial. A Constituição Federal apenas formaliza o ato de demarcação que é meramente declaratório nos termos do artigo 231, parágrafo 2º da Constituição Federal e também conforme artigo 14 da Convenção n. 169 da OIT. Trata-se de ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. E é por este motivo que a Constituição de 1988 denominou os direitos territoriais indígenas como originários. Pois, antecedendo a Constituição, já era reconhecido o direito originário as suas terras em outros documentos, como a Lei 6001/73 (Estatuto do Índio) ainda vigente. Assim, a Carta Magna veio traduzir um direito antigo a qualquer outro e que prepondera sobre os direitos adquiridos, ainda que materializados em escrituras públicas ou títulos de terras formalizados.

Ademais, quando o estudo é apontado para uma análise histórica pormenorizada, isso significa levantar todos os vícios e ausências que o processo de proteção ao índio sofreu e ainda sofre para construção das garantias de seus direitos. Haja vista que, os serviços de proteção aos índios já foram objeto de várias irregularidades desde a implantação do primeiro órgão de proteção Serviço de Proteção ao Índio e posteriormente pela própria Funai. Segundo Santana³⁵ a política indigenista, em vários momentos, foi pautada pelos parâmetros e ponto de vista apenas estatal no que se refere às demarcações de terras indígenas. Essa política, no passado, tinha uma visão integracionista e assimilacionista que buscava transformar os indígenas

³⁴ O Grupo Técnico é formado por especialistas que realiza o trabalho de identificação e delimitação de uma terra indígena, no qual levanta os espaços para habitação e reprodução econômica, bem como os locais de relevância para sua cultura, religião e organização social.

³⁵ SANTANA, 2015, p. 11.

em pequenos agricultores com a intenção de criar homens “cidadãos civilizados”. Concepção esta que foi mudada com o advento da Constituição de 1988.

Nesse sentido, torna-se questionável aplicar as condicionantes propostas no caso Raposa Serra do Sol. No caso da Terra Indígena de Porquinhos, foi aplicada a condicionante XVII, que veda a ampliação de terra indígena já demarcada embasada na decisão da Petição 3.388-RR, e isso acabou por suspender o processo de demarcação daquela terra indígena. Desse modo, é de suma importância compreender os Embargos de Declaração de que as condicionantes não se estenderiam a outras decisões haja vista que, a aplicação dessas condicionantes, sem uma análise criteriosa do caso em questão, com todo o contexto histórico envolvido pode gerar injustiças irreparáveis. Pontua nessa linha Santana³⁶:

A ampliação de terra indígena é uma categoria que não se confunde e não se pode confundir com a revisão de limites de uma terra indígena. Isto porque a revisão de limites de uma terra indígena é um ato administrativo necessário quando se constata que a demarcação inicial se deu eivada de vícios capazes de serem sanados com a realização de uma revisão de limites.

Nessa terna, o contexto histórico em que se formou toda a proteção do índio deve ser levado em consideração quando da decisão de reconhecer os seus direitos. Já que é necessário acrescentar que o contexto histórico dos indígenas passou por diversas nuances até alcançar a configuração atual.

É relevante salientar que os indígenas não eram considerados capazes perante o direito brasileiro antes da Constituição de 1988. Então, quando precisavam judicializar qualquer questão relacionada à reafirmação ou garantias dos seus direitos deveriam ser representados pelos os órgãos que os tutelavam. Essa autonomia aconteceu somente com o advento da nossa Carta Magna atual.

Para tanto, sob todos os aspectos citados anteriormente, é que se faz questionável os argumentos nos acórdãos que negam os direitos indígenas as suas terras, dando um marco para estarem na terra em 05 de outubro de 1988.

³⁶ SANTANA, 2015, p. 10.

Nessa controvérsia, a autora Caroline Santana,³⁷ faz uma abordagem sobre o acórdão no Agravo Regimental no ARE 803642/STF, da Terra Indígena Limão Verde, no qual a 2ª Turma acresceu a tese do Marco Temporal às exceções, de que deveria ter comprovado um conflito por circunstâncias de fato ou uma controvérsia possessória judicializada:

Portanto, para que hoje seja possível apresentar uma controvérsia possessória judicializada se faz necessário que no passado i) o Órgão Indigenista tenha pleiteado judicialmente os direitos territoriais indígenas; o que não era praxe da Administração Pública, visto que em diversos períodos históricos esta esteve a serviço do avanço das fronteiras agrícolas do país, optando pela criação de reservas indígenas de insuficiente extensão, onde fosse possível realocar os indígenas e para onde eram levados, indiscriminadamente, indígenas de diferentes etnias; ii) que o proprietário tenha judicializado a controvérsia possessória, o que também não era praxe, haja vista que, pela imensa ausência de proteção do Estado aos povos indígenas, a prática de expulsar essas populações de seus territórios tradicionais era comum, mais econômica que uma judicialização e socialmente aceita ou, por fim, iii) que algum indígena emancipado tenha judicializado o esbulho possessório sofrido; possibilidade extremamente remota, para não dizer nula, tendo em vista as dificuldades do acesso à justiça, as barreiras impostas pelo idioma, os custos de uma judicialização e o ínfimo número de indígenas emancipados.

Quantos às circunstâncias de fato descritas no acórdão, como forma de considerar a demonstração de resistência ao esbulho, foram trazidas ao processo manifestações intentadas quando da ocupação da Terra Limão Verde quais sejam: a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; b) o requerimento apresentado por um vereador Terrena a Câmara Municipal em 1970, em que a aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, por meio de ofício no mesmo ano; c) nos anos de 1982 e 1984, foram enviadas cartas à Presidência da Funai pelo Cacique Amâncio Gabriel solicitando a reintegração das terras aos indígenas conforme aborda Duprat³⁸. Entretanto, para o relator do acórdão, essas manifestações não configuraram circunstâncias de fatos e tampouco esbulho renitente por serem manifestações esparsas e terem ocorrido há décadas, não

³⁷ SANTANA, 2015, p. 10.

³⁸ DUPRAT, 2015, p. 27.

A política indigenista, que se organizou após da Constituição de 1988, trouxe uma nova concepção sobre o próprio processo administrativo de terras indígenas, uma vez que passou a incluir estratégias que levassem em consideração o reconhecimento do Outro, daquele que é diferente, do sujeito de direito pensado de forma universalisante, abstraindo a concepção de que todos são iguais.

sendo entendido como uma situação que persistiu ao tempo até o marco da promulgação da Constituição.

Diante de todo o exposto, se faz importante ter um olhar mais criterioso quanto à decisão da Terra Indígena Raposa do Sol e as sentenças que vieram posteriormente, como as citadas neste artigo proferidas pela 2ª Turma do STF, pois essas decisões têm aplicado a tese do Marco Temporal como precedente, apresentando-se em desconformidade com a norma constitucional, e não fazendo uma análise mais aprofundada sobre todo o processo histórico de violência e de negação de direitos que os indígenas sofreram e ainda sofrem enquanto minorias.

A política indigenista, que se organizou após da Constituição de 1988, trouxe uma nova concepção sobre o próprio processo administrativo de terras indígenas, uma vez que passou a incluir estratégias que levassem em consideração o reconhecimento do Outro, daquele que é diferente, do sujeito de direito pensado de forma universalisante, abstraindo a concepção de que todos são iguais. Para a nova concepção do reconhecimento, na qual se possa haver uma igualdade formal e material, deve ser considerada a desigualdade entre os desiguais. Então, devem ser pensadas novas estratégias que abarquem os usos, costumes e tradições dos indígenas para que se possam garantir condições para a sua reprodução física e cultural.

Quando os povos originários deixam de ser atendidos nesse direito fundamental por algumas decisões da Suprema Corte, isso nos leva a questionar essas novas abordagens e conceitos jurídicos sobre o processo demarcatório para negar àquilo que é essencial: a sobrevivência desses povos e por quais razões os fazem?

Portanto, é importante não apenas compreender o ponto de vista dos indígenas, mas caminhar a frente disso. É dar voz aos indígenas, convidando-os ao debate e propiciar que esse debate transcenda o pensamento da matriz Ocidental.

CONCLUSÃO

Os casos trazidos neste artigo acabam por refletir sobre os sérios problemas quanto às decisões sobre demarcações de terras indígenas no país, pois estão em desconformidade com as normas e os

princípios da Constituição Federal. A Suprema Corte, ao aplicar a tese do Marco Temporal e as salvaguardas institucionais, desconsidera todo um contexto histórico de lutas e de análise pormenorizada dos documentos trazido ao longo do processo, bem como o que seria o esbulho renitente desprezando toda história de violência e expulsão que os indígenas sofreram, retirando dos mesmos o direito de serem parte legítima do processo e fazendo com que estes sejam representados apenas pela Funai nas demandas.

Ademais, quanto à aplicação do que seriam terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, o STF tem realizado a interpretação aliada a tese do Marco Temporal. Entretanto, conforme se retira dos julgados, acabam por ignorar que a ocupação tradicional se faz por outros meios, como por exemplo, no caso da Terra Indígena Limão Verde, em que os índios embora não habitasse o local, ainda faziam uso daquela área dos recursos naturais e ambientais, com a caça e a coleta na serra.

Assim, a demarcação das terras indígenas como vem sendo aplicada pelo STF, torna-se cada vez mais difícil, pois o direito territorial indígena não encontra proteção nas decisões da 2ª Turma desse tribunal.

A tese do Marco Temporal contribui para o enfraquecimento da efetividade dos direitos indígenas contrariando todo um processo de lutas e reconhecimento de uma minoria que busca o reconhecimento do direito as suas terras como um direito essencial para a sobrevivência e permanência de sua cultura no presente e futuro. Sua existência dependerá disso. E é exatamente esta a luta dos povos indígenas: permanecer em suas terras e resistir a opressão sofrida durante séculos.

Porém, até isso tem sido muitas vezes negado pelo Estado, o que faz com que continuem na invisibilidade jurídica, expoliados e expulsos de suas próprias terras, seja por violência pública ou privada. Assim, não são necessariamente os que detém força, mas são aqueles que estão do lado de uma dimensão da vida que repousa, que se reitera, e que se considera sempre com fome, para além de todas as violências existentes e sofridas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Petição 3.388-4 Roraima. Relator: Carlos Ayres Brito. Publicado no DJ de 17 de mar. de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração na petição n.3388/RR. Relator: Min. Roberto Barroso. Publicado no DJ de 23 de out. de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.29.087/DF. 2ª Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 14 de out. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.29.542/MA. 2ª Turma. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJ de 09 de out. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ag Reg no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462-MS. 2ª Turma. Relator: Min. Teori Zavascki. Publicado no DJ de 18 de dez. de 2014

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. “Terra indígena”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. *História* [online], v. 35, e. 75, p. 1-22, jul., 2016.

DUPRAT, Deborah. O papel do judiciário na demarcação de terras indígenas. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. (Orgs.) *Povos Indígenas no Brasil, 2001/2005*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 172-175.

_____. *O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – TI Limão Verde*. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/marco-temporal-1.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2018.

_____. *Terras indígenas e o judiciário*. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf.

PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In. *ARACÊ - Direitos Humanos em Revista*. São Paulo, v. 4, n. 5, p. 242-262, fev. 2017. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/issue/view/5/showToc>. Acesso em: 20 set. 2018.

SANTANA, Carolina Ribeiro. Direitos territoriais indígenas: o Poder Judiciário contra a Constituição. In. ENADIR 4, 2015, São Paulo, Grupo de Trabalho 15, São Paulo, 2015, p. 1-15. *Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial*. Disponível em: http://enadir2015.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=18. Acesso em 24 set. 2018.

A UNIVERSALIZAÇÃO DO CUIDADO COMO OBJETIVO PRIORITÁRIO DAS NOVAS POLÍTICAS DE IGUALDADE NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA

Ana Marrades Puig

Professora doutora na
Universidade de Valência –
Espanha
ana.i.marrades@uv.es

RESUMO

A dedicação que as mulheres têm dado a menores, idosos e dependentes é essencial para a manutenção do estado de bem-estar, mas não pode continuar sendo de responsabilidade exclusiva das mulheres. Também não se pode negar os valores que as mulheres demonstraram para tornar possível esse cuidado, mas isso deve ser reconhecido e universalizado. Apesar de sua importância, a ética do cuidado é um conceito que às vezes tem sido injustamente criticado pelo feminismo por sua conotação essencialista que deve ser recuperada e reinterpretada de outra perspectiva. Não se trata apenas de reivindicar o valor do que as mulheres fizeram (sempre e ainda), mas também de destacar a falta desse valor como ingrediente fundamental do discurso ético. É essencial encontrar novos valores, princípios e elementos legais para reavaliar os cuidados, sem conotações essencialistas, e colocar a pessoa no centro dos direitos e políticas. É necessário fazer políticas diferentes, principalmente em matéria de direitos e educação, mas não apenas isso; é essencial também incorporar uma perspectiva feminista que valorize a importância dos valores reprodutivos. Este trabalho pretende fazer propostas que permitam encontrar esses novos elementos para construir um novo pacto constitucional mais alinhado às atuais necessidades de assistência social e econômica.

Abstract

The dedication that women have given to minors, the elderly and dependents is essential for maintaining the welfare state, but it cannot remain the sole responsibility of women. Nor can one deny the values that women have demonstrated in order to make this care possible, but this must be recognized and universalized. Despite its importance, the ethics of care is a concept that has sometimes been unfairly criticized by feminism for its essentialist connotation, which must be recovered and reinterpreted from another perspective. It is not only a question of claiming the value of what women have done (always and still), but also of highlighting the lack of this value as a fundamental ingredient in ethical discourse. It is essential to find new values, principles and legal elements to reassess care, without essentialist connotations, and place the person at the centre of rights and policies. It is necessary to make different policies, especially on rights and education, but not only that; it is also essential to incorporate a feminist perspective that values the importance of reproductive values. This work intends to make proposals to find these new elements to build a new constitutional pact more in line with current social and economic assistance needs.

1. O RECONHECIMENTO E AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais estão ganhando força na estrutura constitucional, alguns estão incluídos na Constituição entre os princípios orientadores da política social e econômica e, portanto, carecem de garantias e só podem ser invocados judicialmente pelas leis que os desenvolvem (artigo 53.2 CE). Existem mecanismos para proporcionar a eles uma entidade maior por meio da interpretação judicial e conexão com os direitos fundamentais, embora, na realidade, muitos já existam, principalmente devido à natureza indivisível e fundamental dos direitos humanos (QUESADA, 2012, p. 135; 2016, p. 145). No entanto, é a reforma constitucional, como argumentam a maioria dos partidos políticos com representação parlamentar, que poderia reclassificar os direitos e conceder a categoria de direitos fundamentais àqueles que obviamente já são, como o direito à saúde (RODRIGUEZ, 2018) ou, neste caso, o direito de cuidar. O reconhecimento desses dois direitos deve estar vinculado ao reconhecimento do direito a um ambiente saudável e sustentável, que é o substrato necessário para seu gozo (MARRADES PUIG, 2018).

TRADUÇÃO: A UNIVERSALIZAÇÃO DO CUIDADO COMO OBJETIVO PRIORITÁRIO DAS NOVAS POLÍTICAS DE IGUALDADE NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA

Uma das consequências da universalização da ética do cuidado é a extensão aos homens, ou seja, a corresponsabilidade, que significa assumir a responsabilidade pelo cuidado da família de maneira equilibrada ou igual. Uma das manifestações mais imediatas de corresponsabilidade é a criança.

2. OS PRESSUPOSTOS COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Constituem um instrumento fundamental para avançar em direção à igualdade substantiva e também um indicador do compromisso do governo com os direitos e a igualdade das mulheres¹. É essencial elaborar políticas públicas que coloquem transversalmente em diferentes âmbitos (sanitário, educacional, infraestruturas) o cuidado no centro.

Uma pessoa dependente cuidada em condições exigiria cerca de 4 ou 5 pessoas – entre os turnos – (de acordo com a análise realizada por M.A. Durán), e que não há economia familiar que possa assumi-la, mesmo com pessoas no ambiente familiar. Por isso, devemos insistir em orientar políticas públicas que flexibilizem o horário de trabalho, mas também que planejem a reorganização de novos empregos para essa nova classe de assistentes sociais.

3. A CO-RESPONSABILIDADE

Uma das consequências da universalização da ética do cuidado é a extensão aos homens, ou seja, a corresponsabilidade, que significa assumir a responsabilidade pelo cuidado da família de maneira equilibrada ou igual. Uma das manifestações mais imediatas de corresponsabilidade é a criança. A maternidade é um fato biológico exclusivo das mulheres, mas a criança deve ser compartilhada e não pode continuar sendo o argumento pelo qual as tarefas de cuidar foram atribuídas exclusivamente às mulheres. É por isso que agora os esforços estão sendo direcionados para licenças de maternidade e paternidade iguais e intransferíveis.

As consequências desse novo sistema terão que ser examinadas para respeitar plenamente os direitos das mulheres que custam tanto para alcançar. Como proposta de melhoria, a extensão das licenças certamente deve ser considerada, sem aparar as de propriedade da mãe, sem excluí-la como um assunto específico da maternidade (MARRADES PUIG, 2018b). Existem algumas vozes discordantes, que não são críticas a autorizações iguais e intransferíveis em si, mas com a maneira de supor que essa regra geral é válida para todas

¹ UN Women, INMUJERES, Referentes conceptuales de los presupuestos con perspectiva de género, 2015, Entidad de naciones Unidas para la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres

as pessoas, pois muitas mulheres reivindicam licenças mais longas que lhes permitem abordar de maneira diferente a criação. Isso traz novamente o “risco” da dedicação materna essencialista, vista com desconfiança por grande parte do feminismo, porque obviamente nos faz retroceder, no entanto, não é uma questão menor e deve ser estudada com cuidado, colocando o interesse das mulheres no tipo de educação que desejam realizar (BADINTER, 2011; DEL OMO, 2013; MERINO, 2017).

Como Carol Pateman argumentou, e de acordo com Anna Jonasdóttir (1993, p. 258), a capacidade das mulheres de dar à luz é o que colocou as mulheres em uma posição de submissão que deve ser revisada para alcançar a cidadania plena. O caminho para uma democracia genuinamente universal deve ser redirecionado e completado pelas mulheres em virtude de sua maternidade (JONASDÓTTIR, 1993, p. 258). Sulamith Firestone também apontou em *The Dialectic of Sex* (1976) que a maternidade é a principal causa da opressão das mulheres. É por isso que agora as políticas públicas e a ordem constitucional devem girar em torno da maternidade. E, ao mesmo tempo, entender a necessidade de corresponsabilidade e a dimensão doméstica da cidadania, segundo Blanca Rodríguez (2017, p. 182), que, com relação a sentença 26/2011, indica o avanço do Tribunal Constitucional no sentido de “uma construção integradora que supere as dicotomias de gênero”. Esse princípio de superação das dicotomias públicas e domésticas sempre esteve na base da teoria feminista (PATEMAN, 1983; OKIN, 1989) e continua hoje como um dos maiores desafios do século XXI. Como María Luisa Balaguer argumenta em seu voto privado na Sentença do Tribunal Constitucional em 17/10/2018, reconhecendo que “existe um efeito claro da discriminação indireta contra as mulheres, associada ao fato da maternidade, que o legislador deve erradicar por mandato do Artigo 9.2 CE”, “Os filhos e filhas, especialmente em faixas etárias muito baixas, não são da responsabilidade principal de sua mãe... portanto, a divisão de papéis no cuidado pode e deve ser revista, a fim de adaptá-lo a uma visão mais atual e coerente do artigo 9.2CE, de qual é a igualdade material entre os sexos”.

No que diz respeito aos cuidados com a criança, a corresponsabilidade é essencial, mas também deve ser estendida a todas as situações de cuidado da família (em caso de doença, dependência, idosos),

portanto, é essencial revisar os horários de trabalho, flexibilizando-os possível também a responsabilidade conjunta.

Na XII legislatura, foram apresentadas² iniciativas para a equalização das licenças de maternidade e paternidade iguais e intransferíveis (BOCG, Congresso dos Deputados, 7 de maio de 2018), seguindo a linha traçada pela PIINA. Faz um tempo, que a PIINA (Plataforma para Autorizações de Nascimento e Adoção Iguais e Não Transferíveis) propôs uma proposta de lei com o objetivo de reformar o sistema de autorizações para o nascimento de um filho, adoção, custódia para adoção e assistência social, definindo estes como iguais, intransferíveis e remunerados 100% da base regulatória de cada pai / mãe, independentemente do sexo e tipo de família. Essa plataforma considera que, juntamente com um sistema de serviços públicos de qualidade e cronogramas racionais, esse sistema de permissão é o caminho para os pais exercerem convenientemente suas funções de cuidado e manutenção.

Assim, a reforma visa “melhorar a proteção das crianças, garantindo ao mesmo tempo os direitos de todos os adultos de compatibilizar um emprego de qualidade com a maternidade/paternidade.” Tudo isso sem perder sua renda e sem ser privado do desfrute de sua vida pessoal e familiar. Dessa forma, o desenvolvimento legislativo do direito de cuidar e receber cuidados é simplificado e ordenado, eliminando as disfunções existentes até agora na legislação a esse respeito e, singularmente, evitando a sub-rogação de direitos que devem ser individuais.

Entre essas iniciativas, está a lei proposta para garantir igualdade de tratamento e oportunidades entre mulheres e homens no emprego e na ocupação (BOCG, Congress, 306-1, 7 de setembro de 2018), que também inclui propostas de permissão. E o Real Decreto-Lei 6/2019, de 1º de março, sobre medidas urgentes para garantir igualdade de tratamento e oportunidades entre mulheres e homens no emprego e na ocupação (aprovado pelo Conselho de Ministros em 1º de março de 2019, BOE 7 de março de 2019), que prevê uma extensão gradual das licenças para corresponder a ambos os pais. A exposição de motivos explica as principais linhas do quadro jurídico que se pretende configurar:

² Este aspecto ha sido tratado también en los congresos de la AECPA 2019 y GIGAPP 2019. Las propuestas también han sido desarrolladas en la monografía Retos para el estado constitucional del siglo xxi: derechos, ética y políticas del cuidado (MARRADES, 2019)

“Procurando dar à sociedade um arcabouço legal que permita mais um passo em direção à plena igualdade, este decreto-lei real contém 7 artigos que correspondem à modificação de sete normas com o grau de lei que afeta diretamente a igualdade entre Mulheres e homens.

O artigo 1º propõe a modificação da mencionada Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março, para a efetiva igualdade de mulheres e homens e visa essencialmente estender a exigência de elaboração de planos de igualdade a empresas com cinquenta ou mais trabalhadores, criando a obrigação de registrá-los no registro que será desenvolvido por regulamento. Este artigo é complementado com o artigo 6, que altera o texto consolidado da Lei de Infrações e Sanções da Ordem Social, aprovada pelo Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; essa modificação visa definir melhor o tipo de ofensa correspondente à violação das obrigações empresariais relacionadas aos planos e medidas de igualdade.

O artigo 2º pressupõe a reforma do texto consolidado do Estatuto dos Trabalhadores, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro, e reivindica, resumidamente: o direito dos trabalhadores à conciliação da vida pessoal, familiar e trabalhista; bem como definir expressamente o direito do trabalhador à remuneração correspondente ao seu trabalho, elevando a igualdade de remuneração sem discriminação.

Neste ponto, deve-se lembrar que a igualdade de remuneração já era exigida pela Diretiva 2006/54 / CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em questões de emprego e ocupação. Devido à persistência das desigualdades salariais, em 2014, a Comissão Europeia adotou a Recomendação de 7 de março de 2014, sobre o fortalecimento do princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres através da transparência. A presente recomendação fornece orientações aos Estados-Membros para ajudá-los a aplicar melhor e mais efetivamente o princípio da igualdade de remuneração e, no contexto, o presente decreto-lei real está inscrito. Em particular, conforme disposto na Recomendação, o conceito de “trabalho de igual valor é introduzido em nosso sistema.

O artigo 3º desenvolve a alteração do texto consolidado da Lei do Estatuto Básico do Funcionário Público, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de outubro, e reflete no setor público as medidas propostas acima para os demais dos trabalhadores e dos trabalhadores.

Os artigos 2 e 3 deste decreto-lei real equiparam, em seus respectivos campos de aplicação, a duração das autorizações de nascimento do filho ou filha de ambos os pais. Essa comparação responde à existência de uma vontade clara e de uma demanda social. O poder público não pode desconsiderar essa demanda que, por outro lado, é uma exigência derivada dos artigos 9.2 e 14 da Constituição; dos artigos 2.º e 3.2.º do Tratado da União Europeia; e dos artigos 21 e 23 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Deste modo, é dado um passo importante para alcançar uma igualdade real e efetiva entre homens e mulheres, promovendo a reconciliação da vida pessoal e familiar e no princípio da corresponsabilidade entre ambos os pais, elementos essenciais para a conformidade com o princípio da igualdade de tratamento e oportunidades entre homens e mulheres em todas as áreas. Essa comparação é realizada progressivamente, nos termos previstos nas disposições transitórias do Estatuto dos Trabalhadores e do Estatuto Básico dos Funcionários Públicos, introduzidas por este decreto-lei real.

O Artigo 4 contempla a adaptação dos regulamentos da Seguridade Social às medidas previstas nos regulamentos trabalhistas, redefinindo os benefícios à luz dos novos direitos. Da mesma forma, um novo benefício é criado para o exercício corresponsável de cuidados infantis de acordo com as novidades introduzidas no Estatuto dos Trabalhadores e no Estatuto Básico do Funcionário Público. Por seu turno, o artigo 7 contém as adaptações necessárias para incluir esses benefícios na ação protetora do Regime Especial para Trabalhadores por Conta Própria ou Autônomos da Previdência Social.

Na medida em que a redefinição de benefícios implique um aumento nos gastos, a extensão da ação de proteção será abordada quando necessário com recursos do Estado para manter a sustentabilidade do sistema de Previdência Social.

Da mesma forma, este decreto-lei real inclui uma medida de proteção social de natureza extraordinária e urgente, como a recupera-

ção do financiamento das cotas do contrato especial de cuidadores não profissionais de pessoas em situação de dependência pela Administração Geral do Estado. Dessa maneira, valoriza-se a figura do cuidador não profissional de pessoas em situação de dependência, que em muitos casos é forçada a deixar o emprego e, portanto, a interromper sua carreira de contribuição previdenciária para cuidar da pessoa dependente. Essa medida, dada sua natureza particular, requer ações urgentes e, sem dúvida, necessárias para esse grupo, formado principalmente por mulheres, uma vez que são elas que tradicionalmente cuidam de pessoas dependentes.

O Artigo 5 contém uma modificação da disposição sexagésima primeira da Lei 2/2008, de 23 de dezembro, sobre Orçamentos Gerais do Estado para 2009, referente ao Fundo de Apoio à promoção e desenvolvimento de infra-estrutura e serviços do Sistema Autonomia e Atenção à Dependência e dos Serviços Sociais.

Os artigos 6 e 7, conforme já indicado, modificam o texto consolidado da Lei de Infrações e Sanções da Ordem Social, aprovada pelo Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, e pela Lei 20/2007, de 11 de julho, do Estatuto do Trabalho Autônomo.

Além de todas essas medidas que entrarão em vigor imediatamente, o Governo fortalecerá políticas públicas voltadas para a atenção e o cuidado das crianças, bem como aquelas em situações de dependência. Isso incluirá ações como a elaboração de um plano universal de educação de 0 a 3 anos, em conjunto com as comunidades autônomas que tenham competência nesse assunto, para que essa etapa seja incorporada ao ciclo educacional em uma rede de recursos integrada, pública e gratuita; ou a melhoria dos serviços e a cobertura do Sistema para Autonomia e Atenção à Dependência”.

Assim, vemos como o sentimento predominante nas políticas públicas de igualdade, cuidado e educação segue a linha determinada pela PIINA, mas esse não é o único caminho ou o único critério a seguir. Existem vozes muito críticas com as permissões iguais e intransferíveis, por exemplo, a plataforma PETRA, Plataforma de Mães Feministas para a extensão das Permissões Transferíveis, que está ganhando força. Segundo Patricia Merino³, “licenças iguais e intransferíveis são injustas por vários motivos: A lei que os regula

³ MERINO, 2018; 2019.

refere-se ao estágio da criação precoce dos filhos e, no entanto, ignora as necessidades de bebês, futuros cidadãos, nos momentos mais vulneráveis de sua vida.

A Espanha é o país europeu que dedica menos porcentagem de seu orçamento à infância e educação, e quando algo é finalmente destinado para essa parte, verifica-se que ele não é atribuído às crianças ou mães que gestacionaram, deram à luz e amamentaram, mas aos pais. A rápida admissão ao processo no Parlamento deste projeto de lei e o súbito desaparecimento dos impedimentos orçamentários que sempre existiram para estender as licenças maternas é simplesmente porque essa proposta se encaixa em uma organização patriarcal da sociedade, que sempre vê com bons olhos, conceder recursos e privilégios aos homens. Permissões iguais e intransferíveis também são injustas do ponto de vista social. Mais de 40% das mulheres espanholas em idade de trabalhar não têm um emprego formal; portanto, 30% das crianças nascidas na Espanha não têm uma mãe com direito a benefícios de maternidade. Paradoxalmente, são possivelmente essas famílias que mais precisam de apoio financeiro do Estado e, ainda assim, são aquelas que têm dois empregos decentes que receberão mais recursos por meio desses benefícios.

O PETRA defende as permissões que chegam um ano e são transferíveis. Eles consideram que “antes de um ano, é muito prejudicial para o bebê ir à creche, e as autorizações devem ser transferíveis, porque um bom número de mães desejará cuidar além de 16 semanas. Isso não ocorre porque as mães são tolas e colonizadas por mandatos patriarcais. Para a maioria das jovens mães de hoje, a maternidade é um desejo e uma opção como resultado de uma decisão tomada em liberdade e com conhecimento e, às vezes, com uma intenção que poderíamos chamar de política de criação de um mundo diferente.”

Eles também entendem que a transferibilidade é muito mais justa e democrática porque permite que, além de muitas mães participarem do tempo transferível que desejam, também permita que as famílias que optem por uma distribuição estritamente igual de permissões o façam; e que as famílias monoparentais têm o mesmo tempo de licença remunerada que as famílias biparentais.”

Com os IIPs, nenhum dos problemas que as mães enfrentam hoje são resolvidos: “mulheres privilegiadas podem tirar uma licença, mas muitas outras não terão escolha a não ser voltar ao emprego contra seus desejos e o bem-estar de seus filhos, outros escolherão deixar o mercado de trabalho e se beneficiar do desemprego como substituto do que deveria ser uma licença parental longa, enquanto uma licença de um ano permitiria que muito mais mulheres permanecessem em seus empregos.”

Eles criticam o fato de que essa lei foi elaborada sem perguntar às mães o que elas querem e precisam. “As demandas de grupos de mulheres que décadas atrás já estavam pedindo uma extensão da licença materna não foram levadas em consideração. Não há grupos de pais que reivindicaram historicamente essas permissões que agora pretendem ser concedidas. A opinião das mães não é conhecida e não está interessada, não há estudos de opinião sérios que reúnam as preferências das mães, como elas projetariam as permissões à luz daquelas existentes em outros países da Europa, e não é por acaso que elas não existem “ O PETRA concentra-se no fato de que os especialistas sabem que, se as mulheres tivessem sido solicitadas, haveria um compromisso majoritário com a extensão de permissões para as mães, e é por isso que isso não foi feito.

Patricia Merino (2018; 2019) acredita que “essas autorizações, que atribuem aos pais 16 semanas intransferíveis e 100% financiadas (seria a licença parental exclusiva paga mais longa e mais generosa da Europa), e deixam as mães com as 16 semanas muito pobres que elas têm (junto com Malta já é a licença paga disponível para as mães mais baixas da Europa), não são algo que criará uma sociedade mais justa, não contribuem para a igualdade e não respondem aos verdadeiros interesses das mulheres.”

A autora não acredita que “a maternidade seja a razão pela qual 40% das mulheres espanholas em idade ativa são excluídas do mercado; no máximo, é uma desculpa; mas os políticos e a mídia estão muito interessados em nos fazer ver que a maternidade é o problema. A principal razão pela qual muitas mulheres espanholas são excluídas do mercado de trabalho é que há muito pouco emprego na Espanha e em seu formato decente ainda menos. Dizer que a Espanha é o quinto país da UE com a maior porcentagem de mulheres inativas por cuida-

É essencial melhorar a educação em valores de igualdade, tolerância e respeito à diferença. Não apenas a educação nas escolas ou na família, mas também a educação social. Devemos transmitir novos valores e ideais estéticos que contribuam para mudar a percepção da diversidade funcional.

do pode ser uma manchete, mas seria justo esclarecer primeiro que os números de mulheres e homens inativos na Espanha são muito maiores do que os dos países ao nosso redor. Os números astronômicos de desemprego e inatividade são uma característica estrutural do mercado de trabalho espanhol. As estatísticas geralmente criam falsas impressões aglutinando e simplificando dados que, especialmente no que diz respeito à maternidade, são complexos: assim, uma mãe sueca que cria 15 meses sem deixar o emprego é listada como empregada; uma alemã, britânica ou eslovena também contará como empregada nas estatísticas durante 12 meses de educação; no entanto, uma mãe espanhola que pretende criar mais de quatro meses possivelmente aumentará as listas de desemprego.”

Por outro lado, ele também não acredita que as PII impeçam os empregadores de discriminar as mães no emprego, “porque, embora os pais levem 16 semanas, os empreendedores sabem que as mães podem tirar uma licença de risco durante a gravidez (Ou inventamos uma lei que obriga os pais a acompanhá-los quando tiverem complicações na gravidez?); eles também sabem que muitas mães pedem licença ou redução do horário de trabalho (algo que já está disponível para os pais hoje); e que elas cuidarão dos bebês com mais frequência quando ficarem doentes; que se eles forem para creches aos 8 meses, será muito e com frequência.”

O foco do PETRA está na essência da medida que eles colocam: a necessidade do bebê de passar mais tempo com a mãe e vice-versa, de modo que sua proposta é direcionada decisivamente para a extensão da permissão que também deve ser transferível.

4. POLÍTICAS EDUCACIONAIS

A corresponsabilidade é ensinada e a normalização de situações de diversidade funcional também. Isso depende de políticas educacionais e campanhas de conscientização.

É essencial melhorar a educação em valores de igualdade, tolerância e respeito à diferença. Não apenas a educação nas escolas ou na família, mas também a educação social. Devemos transmitir novos valores e ideais estéticos que contribuam para mudar a percepção da diversidade funcional. Se programas de televisão ou campanhas

publicitárias em geral e, em particular, campanhas publicitárias voltadas para crianças, através de brinquedos⁴ e jogos, transmitem um ideal composto por mulheres que devem estar em conformidade com um certo cânone estético e homens fortes e poderosos, com um casal que responde ao ideal acima mencionado, estamos construindo uma realidade social que, por um lado, mantém papéis tradicionais e, por outro, não aceita, menos ainda, despreza, pessoas cuja aparência não se enquadra no ideal estético estabelecido, ou não são capazes de realizar determinadas atividades por conta própria ou precisam de algum instrumento biomecânico para sua mobilidade.

A forte influência exercida pela publicidade também deve ser combatida por uma educação inclusiva que ensine a valorizar a contribuição de todas as pessoas para a sociedade, independentemente de sua diversidade.

5. LINGUAGEM INCLUSIVA

A linguagem é uma ferramenta poderosa no processo de “normalização” de situações de diversidade (funcional ou outra diversidade) e também no processo de construção da igualdade.

A linguagem descreve a realidade e também serve para preservar os valores existentes, que são aqueles que foram consolidados em uma cultura patriarcal caracterizada por uma dominação do masculino. A linguagem masculina universal usada para designar sujeitos masculinos e femininos é um reflexo dessa cultura. Para reverter a situação, é necessário o uso de linguagem não sexista e inclusiva, pois a linguagem também é transformada e serve para transformar a realidade.

Se a linguagem contribuiu para a construção dessa cultura patriarcal, ela também tem o poder de modificá-la e deve servir para formar outros tipos de relacionamentos e cultura baseados na igualdade (CALERO; SALAZAR; MARRADES; SEVILLA, 2018).

⁴ Resulta un dato interesante que las ediciones de muñecas “de otras tallas” diferentes al ideal de belleza y de perfección que se ven en los medios de comunicación, que salieron al mercado hace unos años, no tuvieron éxito comercial y se han retirado; así como las muñecas en sillas de ruedas o con alguna discapacidad, que aparecen en ediciones limitadas y son de difícil acceso porque se presupone que no serán solicitadas.

O cuidado informal é geralmente realizado pelas mulheres nas famílias e o pago, geralmente é responsável por pessoas externas que cuidam, com ou sem treinamento, do mesmo, mas não podemos esquecer que o voluntariado é o último pilar que deve sustentar a estrutura social.

6. A PROMOÇÃO DO VOLUNTARIADO

Através da educação e da linguagem, também alcançamos o voluntariado, essa é uma das forças sociais com as quais devemos contar para resolver o problema do cuidado. A proposta de Durán consiste em quatro pilares fundamentais: O Estado por meio de políticas públicas, residências, empresas e voluntariado (2018). A família é o principal protagonista no gerenciamento e atendimento das necessidades de cuidado, a empresa desempenha um papel fundamental através da flexibilização do tempo e das condições de trabalho e, por fim, o Estado como responsável por políticas que levem em conta a pressão das necessidades dos cuidados. O voluntariado tem um papel fundamental na diversidade funcional, pois pode complementar o trabalho da família e também é extraordinariamente valioso em cuidados paliativos e doenças de longo prazo. Existem vários planos estratégicos para o voluntariado em cuidados paliativos para organizar seu trabalho. Não podemos esquecer que tanto os pacientes quanto seus familiares têm, além das necessidades vitais básicas, outras necessidades pessoais e psicossociais que podem ser atendidas pelos voluntários.

O cuidado informal é geralmente realizado pelas mulheres nas famílias e o pago, geralmente é responsável por pessoas externas que cuidam, com ou sem treinamento, do mesmo, mas não podemos esquecer que o voluntariado é o último pilar que deve sustentar a estrutura social. O principal problema é que não é previsível e também recai sobre Estado, a responsabilidade de promovê-lo, por meio da educação e conscientização social.

Como reflexão final, é possível dizer que entre todas as pessoas uma sociedade mais justa e igualitária é possível se todos assumirmos que é nossa responsabilidade conjunta cuidar de outras pessoas. O Estado, como garante máxima dos direitos humanos, também deve assumir esse princípio por meio da legislação e da execução de regulamentos em defesa e proteção do cuidado das pessoas.

REFERÊNCIAS

BADINTER, Elizabeth. *La mujer y la madre*. Madrid, La esfera de los libros. 2011.

BALLESTER PASTOR, AMPARO. *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017.

CONDE PUMPIDO-TURÓN. *La discriminación por embarazo o maternidad: aplicación y aportaciones de la ley orgánica 3/2007*. 2008. Disponível em: <http://www.f-3.net/defentsoria/2008/documentos/Teresa_Conde.pdf>.

DEL OLMO, Carolina. *¿Dónde está mi tribu? Maternidad y crianza en una sociedad individualista*. Madrid: Clave intelectual. 2013.

DURÁN, Maria Ángeles. *Más allá del dinero: la economía del cuidado*. Discurs d'Investidura Honoris Causa per la Universitat de València. 9 maig 2012, p.50.

DURÁN, Maria Ángeles. *La riqueza invisible del cuidado*. Valencia: Tirant lo blanch. 2018.

ESQUEMBRE VALDÉS, Mariadel Mar. Una Constitución de todas y todos. La reforma constitucional desde una perspectiva de género. *Gaceta Sindical, reflexión y debate*. Nueva etapa nº 23. 2014.

ESQUEMBRE CERDÁ, Mariadel Mar. Las mujeres ante el cambio constitucional. Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una reforma constituyente de la Constitución española. *Revista Internacional de Estudios Feministas*, n.1. 2016.

FIGUERUELO BURIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Marta; LEÓN ALONSO, Marta. *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?*. Santiago: Andavira. 2012.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *Estudios sobre la Reforma de la Constitución Española en su cuarenta aniversario*. Pamplona: Aranzadi. 2018.

JIMENA QUESADA, Luís. El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad. In: Dir. Escobar Roca, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Pamplona: Aranzadi. 2012.

JÓNASDÓTTIR, Anna. *El poder del amor, ¿le importa el sexo a la democracia?*, Madrid: Cátedra. 1993.

MACKINNON, Catherine. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra. 1995.

MARRADES PUIG, Ana. *Luces y sombras del derecho a la maternidad*. Análisis jurídico de su reconocimiento. Valencia: Servei de Publicacions, Universitat de València. 2002.

MARRADES PUIG, Ana. Los nuevos derechos sociales: El derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional. *Revista de Derecho Político*, 1, pp. 209-242. 2016.

MARRADES PUIG, Ana. Discriminación por embarazo o maternidad. *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: Aranzadi. 2018.

MARRADES PUIG, Ana. *Retos para el estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado*. Valencia: Tirant. 2019.

MERINO, Patricia. *Maternidad, Igualdad y Fraternidad*. Madrid: Clave Intelectual. 2017.

MOLLER OKIN, Susan. *Justice, Gender and the Family*. USA: Perseus Books Group. 1989.

PATEMAN, Carol. *Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy" Public and Private in Social Life*. Londres: Croom Helm. 1983.

RED FEMINISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Manifiesto Biar 2015*, revisado por la propuesta de reforma constitucional de diciembre de 2017. Web Red Feminista de Derecho Constitucional.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *Género y Constitución*. Mujeres y hombres en el orden constitucional español. Lisboa: Juruá. 2017.

RUBIO CASTRO, Ana. *Las innovaciones en la medición de la desigualdad*. Madrid: Dykinson. 2017.

VENTURA FRANCH, Asunción. *Las mujeres en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer. 1999.

LA BÚSQUEDA DE LA PAZ EN COLOMBIA, CONSTRUCCIÓN SOCIAL Y FEMENINA

Liliana Estupiñán
Achury

Doctora en Sociología
Jurídica e Instituciones
Políticas de la Universidad
Externado de Colombia y
abogada de la Universidad
Libre. Directora del Grupo
de Investigación en Estudios
Constitucionales y de la Paz
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Libre.
Bogotá, DC, Colombia.
lilianaea@hotmail.com.

A busca da paz na Colômbia,
construção social e feminina

The search for peace in Colombia,
social construction and feminism

RESUMEN DE LA ENTREVISTA

Entrevista que refleja el papel de las mujeres en la construcción de la paz para Colombia. Ser mujer, lideresa social, defensora de derechos humanos y madre, todo un reto en un país que ha vivido el conflicto armado durante más de cincuenta años y que ha vulnerado a millones de seres humanos. Cómo se construye una lideresa social en Colombia, dificultades y grandes retos, cuáles son sus aportes para la edificación de la paz completa. Preguntas y respuestas que se pueden encontrar en esta fascinante entrevista. Sin duda, Diana Sánchez Lara es una de las mujeres y lideresas sociales más importantes en Colombia, parte de lo logrado en materia de paz, se debe a seres humanos que como ella, lo dan todo por la construcción de una Colombia diferente, pacífica y social.

Palabras clave: Mujer; Lideresa social; Colombia; Paz; Derechos humanos; Movimiento social y víctimas.

Resumo da entrevista

Entrevista que reflete o papel das mulheres na construção da paz para a Colômbia. Ser mulher, líder social, defensora dos direitos humanos e mãe, um desafio em um país que vive o conflito armado há mais de cinquenta anos e que violou milhões de seres humanos. Como se constrói uma líder social na Colômbia, dificuldades e grandes desafios, quais são suas contribuições para a construção de uma paz completa. Perguntas e respostas que podem ser encontradas nesta fascinante entrevista. Sem dúvida, Diana Sánchez Lara é uma das mulheres e líderes sociais mais importantes da Colômbia, parte do que foi alcançado em termos de paz, deve-se a seres humanos que, como ela, dão tudo de si pela construção de uma Colômbia diferente, pacífica e social.

Palavras-chave: Mulher; Líder social; Colômbia; Paz; Direitos humanos; Movimento social e vítimas.

Abstract

Interview that reflects the role of women in building peace for Colombia. Being a woman, social leader, defender of human rights and mother, a challenge in a country that has lived through the armed conflict for more than fifty years and that has violated millions of human beings. How a social leader is built in Colombia, difficulties and great challenges, what are her contributions to the construction of complete peace. Questions and answers that can be found in this fascinating interview. Without a doubt, Diana Sánchez Lara is one of the most important women and social leaders in Colombia, part of what has been achieved in terms of peace, is due to human beings who, like her, give their all for the construction of a different Colombia, peaceful and Social.

Keywords: Woman; Social leader; Colombia; Peace; Human rights; Social movement and victims.

LÍDER SOCIAL ENTREVISTADA

Diana Sánchez Lara, directora de la Asociación Minga (Colombia).

Perfil de la entrevistada: Comunicadora Social (pregrado), con maestría en análisis político (sin título), con diploma en Acción Humanitaria y Derechos Humanos (Universidad de Ginebra), y diploma en Acción Sin Daño (Universidad Nacional), estudiante actual de la Maestría en Derechos Humanos de la ESAP. Actualmente Directora de la Asociación MINGA (vinculada a esta organización desde hace 17 años), Coordinadora del Programa Somos Defensores y vocera

de la Plataforma de Derechos Humanos, Coordinación Colombia Europa Estados Unidos. Igualmente promotora de la iniciativa de la sociedad civil (Mesa Social para la Paz) creada para animar la participación en el proceso de paz en la Mesa de Conversaciones entre el Gobierno Nacional y al ELN. Dentro de la labor diaria está la investigación social, la incidencia política nacional e internacional, y seguimiento a la situación de los y las defensoras de DDHH en Colombia, y la movilización por la paz. Hoy también participando del Movimiento Defendamos la Paz.

BREVE INTRODUCCIÓN DE LA ENTREVISTA

Entrevista realizada a una de sus lideresas sociales más relevantes e importantes en asuntos de protección de derechos humanos y construcción de paz en Colombia. Ser lideresa social en Colombia, no es sencillo. Es un escenario altamente complejo. Por ello, es una fortuna conocer a uno de estos actores. Su valentía, altruismo y tenacidad, sorprenden a quienes la conocen y se benefician de su lucha incansable. Lugar y fecha de la entrevista: Bogotá, D.C., agosto 28 de 2019.

¿Cuándo te volviste líder social en Colombia? ¿Qué te motivó a tomar tan importante decisión?

Bueno, la verdad yo no estoy segura de ser una líder social, pues tener esta categoría significa contar con un perfil muy especial y una responsabilidad con comunidades o procesos populares importantes y sensibles a nuestras espaldas, y la verdad, no los tengo. Siento que soy una activista de derechos humanos, una mujer comprometida con los movimientos sociales, que busca la transformación de esta sociedad tan inequitativa e injusta. Una mujer convencida que Colombia debe salir del remolino de violencia y conflictos sin resolver de una vez por todas y de manera política y pacífica. Me considero una defensora de las libertades, de los derechos colectivos, de la democracia y la paz, también de la naturaleza.

Mi sensibilidad por lo social y el gusto por la política, entendida ésta como el mecanismo para tramitar las diferencias entre humanos y la herramienta para resolver conflictos por excelencia,

El periodismo me llamó la atención como medio para acercarme a la realidad e indagar más sobre ella, pero sobre todo, para darle voz a los que no la tenían, pensaba aún adolescente. Por eso soy comunicadora social de base; sin embargo, pudo más mi vocación por lo social y político, que luego de estudiar, seguí la senda del trabajo con movimientos sociales y partidistas.

me vino desde muy joven, casi niña, pues a los 12 años ya sentía una vocación inmensa por protestar frente a asuntos inequitativos o que me parecían injustos, en principio, los que se presentaban dentro del mismo establecimiento educativo donde estudiaba. Recuerdo mucho un profesor, Néstor Vargas, quien nos habló sobre la masacre de las bananeras y ese episodio me llevó a estudiar más sobre nuestras realidades. Por supuesto entré al consejo estudiantil y participé de iniciativas escritas como boletines y remedos de revistas. Por estas razones los grupos juveniles de izquierda me coquetearon y le hice caso a uno, donde milité por un buen tiempo, a escondidas de mi familia, pues era conservadora y eso lo vería con malos ojos, y hasta escuela política internacional hice, pasados los años.

El periodismo me llamó la atención como medio para acercarme a la realidad e indagar más sobre ella, pero sobre todo, para darle voz a los que no la tenían, pensaba aún adolescente. Por eso soy comunicadora social de base; sin embargo, pudo más mi vocación por lo social y político, que luego de estudiar, seguí la senda del trabajo con movimientos sociales y partidistas. Así terminé, en medio de estudios y militancia, siendo asistente de un constituyente en la Asamblea Nacional Constituyente, donde afiancé mi vocación por la democracia y las luchas sociales. En medio de esos avatares hice una maestría en ciencias políticas, que terminé pero no me gradué por estar metida en el activismo. Desde entonces he participado en muchos espacios y procesos comunitarios, especialmente en regiones y territorios altamente conflictivos como el Catatumbo, Putumayo, Cauca, Nariño. Trabajar con las comunidades altamente victimizadas por los actores armados legales e ilegales y denunciar dichas situaciones me convenció aún más de la salida política del conflicto armado.

Pero también, evidenciar con ojos propios el profundo abandono estatal en comunidades lejanas de las áreas rurales habitadas por indígenas, campesinos, afrodescendientes, me motivó todos los días de mi vida a apoyar las luchas campesinas, indígenas, negras y de otros pueblos marginados y altamente victimizados. Ver, así mismo, el horror de la guerra y la violencia en esos mismos territorios, me empujó a trabajar por la paz, tarea que se me convirtió en búsqueda permanente y casi que en obsesión.

Atravesando ríos, montes y cañadas, como dice la canción, reafirmé mi vocación por la democracia participativa y no representativa, por la importancia de que los pueblos sean sujetos y transformadores de sus propios destinos, y no tengan la intermediación de políticos oportunistas, que han desfigurado el valor de la política como instrumento de buena gobernanza.

En ese camino conocí a la Asociación MINGA, una organización defensora de DDHH, articulada a los movimientos sociales, donde llevo laborando 18 años. En ese agradable espacio, he transitado gran parte de mi fortalecimiento como defensora de DDHH. MINGA me ha permitido conocer el país, sus lugares más recónditos, conocer el dolor, la tristeza, la impotencia en momentos aciagos del conflicto, lo que llamamos crisis humanitarias; pero también, descubrir la alegría, la esperanza, el optimismo y la hermandad tejida en esos territorios lejanos, donde a pesar del asecho de la muerte, la vida tiene un valor más sincero y comprometido con la naturaleza en que las mismas ciudades. Atravesando ríos, montes y cañadas, como dice la canción, reafirmé mi vocación por la democracia participativa y no representativa, por la importancia de que los pueblos sean sujetos y transformadores de sus propios destinos, y no tengan la intermediación de políticos oportunistas, que han desfigurado el valor de la política como instrumento de buena gobernanza. Entendí el valor de la movilización ciudadana y la protesta social como mecanismo para exigir derechos, ante un Estado indolente y secuestrado por élites mezquinas y corruptas.

¿Qué significa ser líder social y mujer en Colombia?

Ser mujer y ejercer algún liderazgo social, es un doble desafío, pero que se multiplica en muchos más cuando también se es madre, hija, trabaja y estudia. Significa tener temple y carácter para no doblegarse ante tantos obstáculos. Implica abrirse espacio en terrenos machistas, donde la voz de los hombres suena más fuerte, aparentemente más coherente e inteligente en lo público, donde las mujeres somos tímidas por el peso de la historia y debemos echar mano de la certeza para salir avantes. Pero también significa una gran responsabilidad pública, pues de la persona dependen muchos compromisos y la palabra empeñada para que los derechos de sus comunidades y procesos organizativos sean cumplidos por parte del Estado y gobiernos. Pero igualmente requiere de más tiempo para realizar tanto los compromisos personales como los sociales y políticos, lo que implica sacrificios de sueño y familiares, especialmente de los hijos quienes tienen que disputarse el afecto y presencia materna con las reuniones, movilizaciones, viajes y demás agendas propias del liderazgo social.

¿Cómo has desarrollado tan importante papel?

En la primera respuesta di pistas de cómo terminé militando en el mundo de la defensa y promoción de los DDHH, que también es parte de las apuestas de los movimientos sociales. Mi vocación por el trabajo con las comunidades y rebeldía contra el Estado elitista y excluyente me llevó a estudiar disciplinas de las ciencias sociales como comunicación social, ciencias políticas, DDHH, acción humanitaria, pero también haber laborado en la Asamblea Nacional Constituyente, experiencia extraordinaria que me permitió tener una mirada a profundidad del sentido de una Constitución Política y su importancia, pero sobre todo, ser creada a varias manos desde diferentes orillas. Así mismo me llevó a tener militancias políticas, convencida que alternar el poder político con los partidos tradicionales es un camino democrático para lograr las transformaciones sociales y económicas que requiere el país; pero posteriormente decidí anidar en organizaciones de DDHH como CODHES, MINGA, la plataforma de DDHH Coordinación Colombia Europa Estados Unidos, coordinar el Programa Somos Defensores y apoyar los esfuerzos territoriales, nacionales e internacionales de tantas redes de DDHH.

¿Cuáles son los aportes más importantes que has logrado para Colombia y América Latina?

En realidad, es difícil cuantificar los aportes realizados al país desde un ejercicio individual, pues la defensa de los DDHH implica un ejercicio colectivo y en red, así que desde este marco de actuación quizás los logros más destacados están en Colombia y particularmente en algunas temáticas y regiones. Haber ayudado a sensibilizar durante varios años al país sobre la situación del desplazamiento forzado y el impacto negativo que este lamentable fenómeno tenía en las personas, familias, comunidades territorios de expulsión y por supuesto, de llegada. Desde la organización CODHES contribuí de alguna manera a cuantificar la magnitud de esa crisis humanitaria, pero también a cualificar el debate e incidir ante el gobierno y Estado colombiano para que se abordara de una manera más sistémica y de fondo, y no se limitara a ayudas humanitarias. Quizás por extensión temática igualmente apoyé esfuerzos por analizar, cuantificar y evidenciar la migración forzada desde las fronteras

colombianas hacia los países vecinos, conocida como refugio o refugiados, dado su traspaso de límites nacionales. En relación a otros periodos o temáticas tuve la posibilidad de acompañar ya desde la organización MINGA territorios altamente afectados por la violencia en el marco del conflicto armado, pero también de guerra sucia auspiciada por agentes del Estado, me refiero particularmente al fenómeno paramilitar que azotó gran parte del país. En esos contextos trabajé arduamente en territorios como el Catatumbo, Putumayo y Cauca, siendo las principales acciones la ayuda humanitaria, las alertas tempranas, las acciones urgentes, incidencia ante Estado y gobierno, y por su puesto buscando el apoyo de la comunidad internacional. A muchas misiones humanitarias asistimos con informes importantes que permitieron desnudar las causas y autores de masacres y demás crímenes en contra las comunidades.

Igualmente he dedicado parte de mi labor como defensora de derechos humanos a acompañar comunidades a analizar sus contextos e identificar los riesgos que se tejen sobre ellas, de manera tal que puedan hacer rutas de protección y autoprotección y evitar la salida de sus territorios. En ese mismo sentido gran parte de mi labor ha estado relacionada con el tema de protección a personas defensoras de DD.HH y el liderazgo social. Esto es, presionar al Estado y gobierno para que diseñe políticas que generen garantías para las personas que se la juegan por de los derechos de sus comunidades y son víctimas tanto de el accionar de estructuras criminales, pero también por acción directa de agentes del Estado y por supuesto, de todo el Estado colombiano que por omisión ha contribuido a tan alta criminalización. En la última década, desde el Programa Somos Defensores he participado del ejercicio de cuantificación de las agresiones contra el liderazgo social, pero también del seguimiento a la política de protección y a proponer salidas más allá de la protección física, material e individual, es decir, generar garantías, que no es lo mismo que protección. Quizás es la labor a la que he entregado un esfuerzo mayor, y quizás con resultados o impactos importantes en el último tiempo. La participación activa en el Proceso Nacional de Garantías es un espacio indicativa de esa búsqueda y construcción. Y por su puesto a la búsqueda de salida negociada al conflicto armado y la construcción de paz.

A la construcción de la paz en nuestro país intento construir desde varios niveles, y empiezo por el más básico, y es el personal, es decir, mi profunda convicción y conciencia de que la sociedad colombiana, toda en su conjunto, debe cerrar definitivamente la senda de la violencia que agarró hace muchísimos años ya, y para ello debe superar la etapa del conflicto armado y dar paso a una verdadera transición hacia la construcción de paz.

¿Cómo contribuyes a la construcción de la paz en Colombia?

A la construcción de la paz en nuestro país intento construir desde varios niveles, y empiezo por el más básico, y es el personal, es decir, mi profunda convicción y conciencia de que la sociedad colombiana, toda en su conjunto, debe cerrar definitivamente la senda de la violencia que agarró hace muchísimos años ya, y para ello debe superar la etapa del conflicto armado y dar paso a una verdadera transición hacia la construcción de paz. En otro nivel, animando procesos comunitarios y liderazgos sociales para que también contribuyan de manera decidida a la construcción de paz desde sus territorios. No es un proceso fácil, pues deconstruir la *ontología de la guerra* y empezar a construir la *ontología de la paz*, llevará mucho tiempo y niveles de desnaturalización de la violencia complejos, y las comunidades de base también han naturalizado esos estadios de violencia socio política. Ya desde un ámbito más público, si se quiere, he participado desde la plataforma de DD.HH, Coordinación Colombia Europa Estados Unidos en la incidencia en el proceso de negociación entre el gobierno nacional y la ex guerrilla de las FARC, especialmente en temas de garantías, derechos humanos, víctimas, entre otros. Muchas de esas búsquedas del movimiento de DD.HH, quedaron reflejadas en los Acuerdos de Paz firmados entre las partes. De igual manera participé activamente en la construcción de la mesa de diálogos entre el gobierno nacional y el ELN, dado que la agenda acordada incluyó la participación de la sociedad como un punto esencial de la misma. Ese proceso implicó un trabajo denodado multidimensional muy interesante que dejó un acumulado, muchos aprendizajes y lecciones que debemos releer para las posibilidades que han de abrirse a futuro con este grupo armado.

Hoy, ante un contexto tan adverso provocado por el gobierno de Iván Duque, para implementar el Acuerdo de Paz firmado entre el gobierno de Juan Manuel Santos y la ex guerrilla de las FARC y continuar los diálogos con el ELN, hago parte de los esfuerzos que hacemos como sociedad civil o ciudadanías organizadas para que no se pierdan esos acumulados en construcción de paz, una de ellas es Defendamos la Paz. Igualmente desde el movimiento de DD.HH, por ejemplo, la plataforma Coordinación Colombia Europa Estados Unidos, seguimos trabajando por cerrar definitivamente el conflicto armado por la vía política y la profundización de la democracia.

¿Hemos evolucionado en materia de paz?

Parcialmente. El proceso de diálogo entre el Estado colombiano y la ex guerrilla de las FARC, nos permitió como sociedad, entender que la búsqueda de la paz tenía más costos de los que pensábamos. Nos permitió dimensionar lo que significa aproximarnos al cierre definitivo del conflicto armado. Nos mostró que es un camino lleno de espinas, que 60 años de guerra no se pueden saldar sin más en cinco años de conversaciones. Nos demostró que no estábamos del todo preparados para pasar la página de la violencia y seguir. Pero también nos permitió demostrar que estamos, como sociedad, cansada de tanto dolor, el problema es que aún tenemos en nuestra construcción colectiva naturalizada la violencia como método válido para superar los conflictos. Así que debemos trabajar decididamente para concientizarnos de que es imperativo rechazar todo tipo de violencia venga de donde venga.

Pero también hay asuntos muy interesantes en estos años de negociación. Uno, las nuevas ciudadanía hemos deslegitimado la violencia y la lucha armada, al menos hoy, como vía para buscar el poder político y resolver conflictos sociales, económicos y políticos. El problema está en que aún hay una clase política comprometida con la guerra y controlan buena parte del aparato estatal, que no permiten avanzar con más contundencia en el cierre del conflicto armado y la construcción de la paz. Dos, la firma del Acuerdo de Paz generó una especie de confianza en la sociedad colombiana que le hizo perder el miedo y en el último año ha habido grandes movilizaciones ciudadanas, que años atrás no se hacían, es como si se hubieran roto los diques que nos impedían movilizarnos en las ciudades principalmente, pues la sociedad rural históricamente se ha movilizado, así sepan que lo van a reprimir. La protesta estudiantil por tanto tiempo y tan masiva, por el presupuesto de la educación pública, es un buen ejemplo. La alta votación en las elecciones presidenciales también es indicador de ello. La participación masiva en la consulta anticorrupción con una votación tan alta, 11 millones 600, donde no se compraron votos, ni se pagó transporte a nadie, fue quizás la votación más limpia en la historia, es una muestra también de ese cambio.

Pero también considero muy importante como cambio producto de la firma de paz, el reconocimiento al liderazgo social como independiente y autónomo, con agenda propia, pues en el pasado se le ha

estigmatizado como si detrás de todos los líderes sociales estuvieran las guerrillas, lo que no es cierto. El que los medios de comunicación le hubieran reconocido esa autonomía a los activistas sociales, es un logro también del Acuerdo de paz.

Reconocer aún más la violencia de género como un problema a superarse y movilizarnos contra ello, también son avances en materia de paz, pues durante la conflictividad armada estaba naturalizada esa violencia, hoy no. Eso es muy importante.

¿Cómo están las líderes de paz y de derechos humanos en Colombia?

Están bien en la medida que hoy es evidente el reconocimiento y legitimidad que desde la sociedad, los medios de comunicación y el Estado, se le da al liderazgo social del país. En el pasado, dado el marco del conflicto armado el Estado logró generar una matriz de opinión negativa contra personas defensoras de DD.HH, entre ellas a los liderazgos sociales. Esta opinión generalizada permitió la naturalización de la agresión permanente contra estas personas. Por ello la estigmatización, señalamientos, asesinatos, atentados, amenazas, judicialización, han sido una constante, con pocos resultados en materia de investigaciones penales contra los agresores y funcionarios públicos que por acción u omisión han permitido dicha violencia contra personas defensoras de DD.HH. En consecuencia, se puede afirmar que históricamente a las y los líderes sociales no se les reconoció autonomía e independencia en sus agendas y luchas comunitarias, con la pretendida idea de que detrás de ellos estaban las guerrillas. Afortunadamente con la firma de paz entre el Gobierno y las FARC, se evidenció que los liderazgos sociales son genuinos, tienen sus propias agendas sociales y políticas y son los y las verdaderas defensoras de los derechos comunitarios. Esto ha sido muy importante, por no decir, trascendental. De ahí que en la agenda de los medios masivos de información, el asunto del movimiento social y sus líderes haga parte de la agenda diaria. Pero también las movilizaciones que se vienen haciendo desde la sociedad, son muy importantes.

Pero por otra parte, muy mal, dada la alta criminalidad que se sigue presentando contra estas personas activistas de los derechos humanos. No se entiende cómo en una coyuntura de diálogos, bueno,

Las mujeres desde siempre hemos participado de muchas maneras en la construcción de paz, lo que pasa, quizás, es que es una labor invisible en razón de que las agendas públicas son acaparadas por los hombres, más que por las mujeres, a pesar de que eso ha cambiado mucho.

al menos en el periodo presidencial de Juan Manuel Santos 2010 – 2018- no haya parado esa lamentable situación que pone a Colombia en el deshonroso primer lugar de agresión contra el liderazgo social.

Ahora bien, este fenómeno no es nuevo, es de toda la vida, sólo que en los últimos años tomó fuerza dado el contexto de diálogos de paz, que ya mencioné arriba, pero también a que somos más juiciosos en el monitoreo al fenómeno, es el caso del Programa Somos Defensores, espacio que ayudo a coordinar y que desde hace 10 años le hacemos seguimiento y a las políticas públicas del Estado para garantizar la vida de estas personas.

También ha contribuido la sensibilidad que hay en la sociedad y medios de información, y la presión internacional que convirtieron esta dolorosa realidad en un tema preocupante.

En general, ¿cómo están las mujeres en Colombia? ¿Gozan de igualdad y equidad?

La verdad, no soy experta en el tema de género ni participo de plataformas feministas, por tanto no tengo mucha autoridad para tratar el tema. Arriesgo aquí algunas opiniones, más desde mi experiencia como defensora de DD.HH y con los movimientos sociales.

En Colombia, a pesar de los avances significativos en materia de reconocimiento del valor y capacidad de las mujeres, en todos los campos, académicos, comerciales, profesionales, políticos y en altas esferas del país – de hecho hoy las cabezas de las cortes de justicia en Colombia, están en poder de las mujeres-; aún hay discriminación y la agenda pública sigue muy mara.

¿Cómo participan las mujeres en la construcción de la paz completa?

Las mujeres desde siempre hemos participado de muchas maneras en la construcción de paz, lo que pasa, quizás, es que es una labor invisible en razón de que las agendas públicas son acaparadas por los hombres, más que por las mujeres, a pesar de que eso ha cambiado mucho.

Desde los territorios las mujeres participan de actividades de solución de conflictos en los en sus comunidades, incentivan proyectos productivos para contribuir a la falta de inversión del Estado en los

Tener la vocación de liderazgo no es algo optativo, la verdad, creo que es un chip que viene con uno, como cualquier otra vocación de ser enfermera, médico, mecánico, arquitecto, periodista, abogada, etc. Es decir, no se decide ser líder, se es y ya, por más problemas que eso le traiga en la vida.

territorios, participan en procesos de reconstrucción de memoria, impulsan iniciativas de víctimas tanto para exigir sus derechos como para redignificar a sus familiares.

Participan en procesos donde dicen *No a la guerra, No parimos hijos para la guerra*, se movilizan en contra del conflicto armado que les ha arrebatado a sus hijos. Participaron con sus plataformas de mujeres y feministas en las negociaciones de la Habana entre el Gobierno Nacional y las FARC, para exigir el enfoque de género en los Acuerdos, para garantizar que las violencias contra las mujeres en el marco de la guerra se visibilicen, se haga justicia y se conozca la verdad. También se hicieron presentes de manera importante en los diálogos entre el Gobierno Nacional y el ELN, hicieron talleres, encuentros, conversatorios e hicieron propuestas. En fin, las mujeres son las más dinámicas para buscar el cierre definitivo por la vía política, del conflicto armado y de la violencia que nos acompaña desde siempre.

Hoy, las mujeres siguen luchando por que se cumplan los acuerdos de paz, porque se insista en la salida negociada con el ELN, porque no haya más asesinatos de líderes y lideresas sociales. Porque cese la horrible noche.

¿Vale la pena ser líder social?

Tener la vocación de liderazgo no es algo optativo, la verdad, creo que es un chip que viene con uno, como cualquier otra vocación de ser enfermera, médico, mecánico, arquitecto, periodista, abogada, etc. Es decir, no se decide ser líder, se es y ya, por más problemas que eso le traiga en la vida. No toda la sociedad tiene esa vocación, son pocas las personas que en una comunidad se arriesgan a asumir ese papel, que además de implicar grandes cuotas de sacrificio en tiempo, familia, económicos y de falta de tiempo para descansar, implica riesgos físicos y de la vida, al menos en Colombia. Pero de todas maneras, sí vale la pena, sí es necesario, sí hay que hacerlo, sí se justifica el sacrificio. Los y las lideresas sociales son el alma de las comunidades, son fuente de sabiduría, son ese cordón umbilical entre las comunidades y el Estado, éste último, normalmente indolente.

Se líder o lideresa social no es una opción, es una vocación y nunca cesa por difícil que sea la situación y aún si su vida corre peligro.

POLÍTICA EDITORIAL E NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Os manuscritos submetidos às Seções Geral e Especial passam por um controle prévio de originalidade e pertinência à linha editorial, realizado pelos próprios editores. Em seguida, passam por um processo de revisão duplamente anônima, realizado por pesquisadores experientes e familiarizados com o tema específico do manuscrito submetido. O processo é duplamente anônimo porque nem o autor sabe quem é o revisor, nem o revisor sabe quem é o autor -- suas identidades não são reveladas. No processo de revisão duplamente anônima, a qualidade do manuscrito é avaliada de acordo com os seguintes critérios: clareza, precisão, consistência e concisão; adequação da metodologia adotada; solidez e originalidade do(s) argumento(s) apresentado(s); relevância científica; atualidade das referências. Os avaliadores são recrutados na comunidade jurídico-acadêmica do país e do exterior que se dedica aos estudos de Teoria Jurídica Contemporânea. O critério para a seleção de avaliadores segue padrões internos rigorosos, dada sua importância para a qualidade do trabalho editorial. Em casos excepcionais, o avaliador é um pesquisador mais novo que possui competência específica para a avaliação do texto. O tempo esperado para a conclusão da avaliação é de aproximadamente dois meses. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

Os autores devem seguir as seguintes diretrizes:

1. Não é permitida qualquer referência que indique autoria.
2. Não será aceita a submissão simultânea de mais de uma proposta de artigo sob a mesma autoria. Caso isso ocorra, a segunda submissão não será avaliada.

3. Recomenda-se que os manuscritos submetidos não ultrapassem a quantidade de 20 páginas em fonte Times New Roman, tamanho 12 e espaçamento entre linhas 1.5.

4. As notas devem ser numeradas sequencialmente em números arábicos e colocadas em pé de página (rodapé).

5. As notas de pé de página que incluem informações de conteúdo devem ser breves e focadas em apenas um assunto. As notas de conteúdo podem também apontar o leitor para outras fontes.

6. O artigo deve incluir um resumo, com aproximadamente 10 linhas, além de indicar no mínimo 3 e no máximo 6 palavras-chave.

7. As palavras-chave são fundamentais para a correta indexação do trabalho. É recomendável incluir a palavra indicativa da subárea na qual se insere o trabalho. Recomenda-se ainda verificar a ocorrência das palavras em bases de dados nacionais e internacionais, como o vocabulário de autoridades da Biblioteca Nacional (http://acervo.bn.br/sophia_web/).

8. Quando o texto for redigido em português, o título, o resumo e as palavras-chave devem ser traduzidos para o inglês; quando redigido em inglês ou espanhol, para o português.

9. Citações diretas que não excedam três linhas devem permanecer no corpo do texto, entre aspas – sem itálico ou negrito. Citações diretas que excedam três linhas devem ser destacadas e recuadas da margem esquerda – sem itálico ou negrito.

10. Títulos de livros devem aparecer em itálico; títulos de artigos devem aparecer entre aspas. Palavras em latim ou língua estrangeira – tendo como referência a língua na qual o texto foi redigido – devem aparecer em itálico. O itálico também pode ser utilizado como recurso de ênfase pelo próprio autor. Jamais utilizar o negrito no corpo do texto.

11. As referências de citações diretas e indiretas devem aparecer em nota de rodapé e indicar somente o sobrenome do(s) autor(es), em caixa alta, seguido do ano de publicação e (quando for o caso) da página. Exemplo: HART, 1961, p. 15.

12. As referências completas devem ser indicadas em seção separada, após a conclusão, seguindo as regras técnicas da norma NBR 6023 (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

13. Os editores recomendam o uso de linguagem clara, precisa e consistente. O uso de linguagem inclusiva de gênero fica a critério do autor.

Este periódico possui diretrizes destinadas a promover uma política de integridade ética aplicável à atividade científica em toda a sua extensão – desde a concepção e realização de pesquisas à comunicação dos resultados. As diretrizes a seguir foram elaboradas tendo como referência as Diretrizes Básicas para a Integridade na Atividade Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); o Código de Boas Práticas Científicas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP); a Declaração Conjunta sobre Integridade em Pesquisa resultante do II Encontro Brasileiro de Integridade em Pesquisa, Ética na Ciência e em Publicações (II BRISPE); e o documento Cooperação entre Instituições de Pesquisa e Periódicos em Casos de Integridade em Pesquisa: Orientação do Comitê Internacional de Ética em Publicações elaborado pelo do Committee on Publication Ethics.

Para mais informações sobre nossas diretrizes, consulte nossa plataforma em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/index>.

