

Diálogos com o Direito

v. 22, n. 44,

nov. 2018/fev. 2019

ISSN: 2177-8337

leguminosa (frutifica em vagens).
legumista. S. 2 8-1. 1.
sas. 2. Pessoa que se
legumes.
lei. [Do lat. lege.] S. 1. 1. 1.
autoridade estatal e tomada
numa comunidade, a ordem
Norma ou conjunto de n.
pelo poder legislativo.
Obrigação

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994-



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



EQUIPE EDITORIAL

Editores-Chefe:

Desembargador Federal Dr. Reis Friede – Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Desembargador Federal Dr. André Fontes – Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Juiz Federal Dr. Osair Victor de Oliveira Junior – Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ

Editores Executiva:

Dra. Maria Geralda de Miranda - Centro Cultural Justiça Federal, CCJF

Editores Gerentes

Me. Eduardo Barbuto Bicalho, Centro Cultural Justiça Federal, CCJF

Equipe SEPGE/SID - Justiça Federal de 1º Grau - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ

Conselho Editorial:

Reis Friede, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

André Fontes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, Brasil

Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Universidade de Brasília, Brasil

Antonio Baptista Gonçalves, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade de Marília, Brasil

Carlos Alberto Lima de Almeida, Univesidade Estácio de Sá, Brasil

Carlos Alberto Lunelli, Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, Campus Catalão, Brasil

Clayton Reis, Centro Universitário Curitiba, Brasil

Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China

Elton Dias Xavier, Universidade Estadual de Montes Claros, Brasil

Heliana Maria Coutinho Hess, Universidade de Campinas, Brasil

Janaína Rigo Santin, Universidade de Passo Fundo, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

José Henrique Mouta Araújo, Universidade da Amazônia, Brasil

Karen Artur, Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

Loussia Penha Musse Felix, Universidade de Brasília, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil

Maria Stella Faria de Amorim, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Nalayne Mendonça Pinto, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Oswaldo Canela Junior, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

Pedro Heitor Barros Geraldo, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal

Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina

Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Revisores Ad hoc:

Aldo Muro Jr., Instituto Federal de Goiás, Brasil, Universidade de Pisa, Itália

Antônio Seixas, Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil

Artur Parreira Gonçalves, Universidade Santa Úrsula, Brasil

Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Carmen Sílvia de Arruda, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Cláudia Luiz Lourenço, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Brasil

Daniel Andrés Raizman, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Daniel Machado Gomes, Universidade Católica de Petrópolis, Brasil

Demetrius Nichele Macei, Centro Universitário Curitiba, Brasil

Elaine Cler Alexandre dos Santos, Universidade Católica Dom Bosco, Brasil

Érico Hack, Organização Paranaense de Ensino Técnico, Brasil Isolda Lins Ribeiro, C.G. Jung Institut-Zurich, Suíça

Heitor Romero Marques, Universidade Católica Dom Bosco, Brasil

Isolda Lins Ribeiro, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Janssen Hiroshi Murayama, Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Juliana Silvestre Louven Ferreira, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Kátia Eliane dos Santos Avelar, Centro Universitário Augusto Motta, Brasil

Lauro Ericksen, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Lélio Maximino Lellis, Centro Universitário Adventista de São Paulo, Brasil

Luiz Ricardo Guimarães, Instituto de Ensino Superior de Bauru, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasil

Maria Alice Costa, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Rosane Cristina Oliveira, Universidade do Grande Rio, Brasil

Salomão Barros Ximenes, Universidade de São Paulo, Brasil

San Romanelli Assumpção, Universidade de São Paulo, Brasil

Sandro Schmitz dos Santos, Universidad Nacional de La Matanza, Argentina

Valdirene Ribeiro de Souza Falcão, Universidade Mackenzie, Brasil

Vitor Burgo, Universidade de São Paulo, Brasil

Equipe técnica:

Tradução: Vitor Kifer, tradução inglês e espanhol, TRF2, Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Webdesign e Diagramação: Equipe Centro Cultural Justiça Federal e Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Normalização: Biblioteca do Centro Cultural Justiça Federal

Revisão Ortográfica: Setor de Publicações do Centro Cultural Justiça Federal

Suporte Técnico: Equipe de Tecnologia da Informação do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Colaboração Editorial: Amanda Alves, Letícia Maia e Samuel Souza.

CONTATO

Equipe Revista da SJRJ

Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar Centro – Rio de Janeiro – RJ. CEP: 20031-001.

Telefone: (21) 3261-6405

revistaauditorium@sjrj.jus.br

Contato para Suporte Técnico:

Revista da SJRJ Apoio

Telefone: (21) 3261-6423

apoio.auditorium@sjrj.jus.br

DADOS PARA CATALOGAÇÃO

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro [recurso eletrônico] / Seção Judiciária do Rio de Janeiro. – Vol. 1, n. 1 (1994)- . – Dados eletrônicos. – Rio de Janeiro : Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994-
v. ; 21 cm.

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014; 2018-

No ano de 2008 foram publicados apenas dois números, n. 22, 23. No ano de 2003, volume 10 possui edição especial, n. 10.

Suspensa, 2015-2017

Modo de acesso: Internet: 1994-2014: <<https://www.jfrj.jus.br/normas-e-publicacoes/publicacoes/revista-da-sjrj-1994-2014>>; 2018- : <revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj>

No ano de 2018 a Revista voltou a ser publicada, desta vez em colaboração com o Centro Cultural Justiça Federal (CCJF), oportunidade na qual ganhou a marca Auditorium.

ISSN 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. 4. Sociologia. 5. Cidadania. I. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. II. Centro Cultural Justiça Federal

SUMÁRIO

- 8** **Apresentação**
Os Editores
- 11** **O decisionismo jurídico de Carl Schmitt**
André R. C. Fontes
- 18** **A lei como principal fonte formal estatal**
Reis Friede
- 35** **O julgamento de Adolf Eichmann: a tentativa da defesa de justificar o injustificável**
Luiz Henrique Lucas Barbosa
- 56** **A ordem metaconstitucional de direitos humanos e seus desafios no mundo globalizado**
Guilherme Sandoval Góes
- 77** **Leitura e construção subjetiva: uma alternativa para pessoas encarceradas**
Francisco Ramos de Farias, Diana de Souza Pinto e Leila Dupret
- 90** **O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE): alimentação e aprendizagem**
Helen Gonçalves Romeiro Ferreira, Rodrigo Gomes Alves e Sílvia Conceição Reis Pereira Mello
- 114** **Políticas públicas: abordagens acerca da alteração de nome e de gênero de pessoas trans**
Francisco Antonio Vieira Cordeiro, Sandramor do Amaral Ferreira e Maria Geralda de Miranda
- 131** **“Ele disse que me mataria...”: cultura machista, violência doméstica e impunidade**
Rosane Cristina de Oliveira, Raphael Fernandes Gomes e Webert Soares Veras
- 145** **Ação afirmativa para a mulher negra brasileira: um novo olhar pela perspectiva de gênero**
Flávia Helena Santos da Silva, Maria Geralda de Miranda, Patrícia Maria Dusek e Kátia Eliane dos Santos Avelar
- 161** **Feminicídio e a PEC 181-A: as conquistas feministas e o retrocesso conservador**
Larissa Gabriela Cruz Botelho

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com o Centro Cultural Justiça Federal, CCJF, apresenta a 44ª Edição da Revista da Seção Judiciária, intitulada **Diálogos Com o Direito**. A edição está composta por dez artigos, que trazem importantes debates sobre a Teoria e Filosofia do Direito, Políticas Públicas, bem como discussões sobre a temática Gênero e Direito.

O primeiro bloco desta edição é composto por quatro trabalhos que se relacionam à Teoria e Filosofia do Direito: **O Decisionismo Jurídico, de Carl Schmitt** aborda a teoria jusfilosófica do decisionismo, na qual se assentam as bases do conhecimento dos estudiosos nessa vertente de pensamento, como Carl Schmitt, que considera que a vontade soberana põe termo à desordem e assegura, por meio dos seus mandamentos, a lei, a segurança e a paz.

A Lei como Principal Fonte Formal Estatal tece breves considerações sobre a lei enquanto principal fonte formal estatal do Direito brasileiro, considerando que no sistema jurídico romano-germânico (*civil law*) a lei figura como principal fonte, sendo este termo entendido como a origem do Direito, isto é, os modos de formação e revelação das normas jurídicas.

Em **O Julgamento de Adolf Eichmann: A Tentativa da Defesa de Justificar o Injustificável**, o autor investiga os antecedentes que deflagraram a ascensão do nazismo na Alemanha da primeira metade do século XX, analisando os argumentos da defesa apresentados no julgamento de Adolf Eichmann, um homem simples que se rendeu a toda a burocracia da máquina nazista e se apresentou como um cego observador dos mandamentos legais, mesmo que assim se tenha transformado em um frio assassino de judeus.

Em sequência, o artigo **A Ordem Metaconstitucional de Direitos Humanos e seus Desafios no Mundo Globalizado** pretende demonstrar que a proteção dos direitos humanos no mundo globalizado caminha entre duas grandes perspectivas autoexcludentes, quais sejam, de um lado, o projeto epistemológico neoliberal da ordem unipolar americana e, do outro, o projeto epistemológico metaconstitucional da ordem mundial multipolar.

O segundo bloco de artigos traz discussões sobre **Políticas Públicas e suas relações com o Direito**. É composto de três trabalhos, sendo que o último deles já introduz o terceiro bloco de artigos, dedicado à temática Gênero e Direito.

Iniciando este bloco, o texto **Leitura e Construção Subjetiva: Uma Alternativa para Pessoas Encarceradas** traz reflexões acerca da política pública prisional, mediante projeto de subsídio à atividade de leitura de pessoas encarceradas. O propósito em questão é de grande importância, uma vez que oferece um espaço de reflexão e debate sobre o cotidiano prisional e, principalmente, sobre a prospecção do retorno das pessoas presas à dinâmica da vida social.

No artigo **O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE): Alimentação e Aprendizagem**, os autores refletem sobre o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), uma das políticas públicas mais importantes do país e da América Latina no combate à fome e à desnutrição. O PNAE não é e não pode ser uma política tida como assistencialista, que reduz a alimentação escolar à “comida para pobres”.

Finalizando o bloco sobre políticas públicas e já introduzindo o seguinte, acerca de Gênero e Direito, **Políticas Públicas: Abordagens Acerca da Alteração de Nome e de Gênero de Pessoas Trans** utiliza os Estudos de Gênero e a Teoria *Queer* para refletir sobre a possibilidade de pessoas transexuais conseguirem realizar a alteração do nome e do sexo no Registro Civil.

Em **“Ele Disse que me Mataria...”: Cultura Machista, Violência Doméstica e Impunidade**, os autores apresentam uma breve reflexão sobre as questões que envolvem violência doméstica contra as mulheres, a problemática do machismo e a impunidade do ponto de vista jurídico. Objetivam demonstrar que a impunidade dificulta o combate a esta modalidade de violência e dificulta tipificar, julgar e executar as penas em relação aos casos inseridos na Lei Maria da Penha e Lei do Femicídio.

O artigo **Ação Afirmativa para a Mulher Negra Brasileira** discorre sobre a eficácia das políticas de discriminação positiva na sociedade e na economia brasileira atual, em seu aspecto racial e de gênero, mediante análise das ações

afirmativas implementadas no Brasil relacionadas à raça, em especial às mulheres negras, no contexto social.

Fechando a presente edição, o trabalho **Feminicídio e a PEC 181-A: as Conquistas Feministas e o Retrocesso Conservador** discute os avanços legislativos, bem como jurisprudenciais, dos últimos anos no que se refere às agendas feministas, em contraposição à Proposta de Emenda Constitucional 181-A, cuja inserção do termo inicial de proteção da vida poderia obstaculizar o debate sobre o aborto no Brasil, além de ensejar inúmeras ações de inconstitucionalidade a respeito das possibilidades de aborto previstas no Código Penal.

Desejamos aos nossos autores e leitores uma boa leitura,

Os Editores.

O DECISIONISMO JURÍDICO DE CARL SCHMITT

THE LEGAL DECISIONISM OF CARL SCHMITT

Andre R. C. Fontes*

Resumo: Este estudo tem como objetivo discorrer sobre a teoria jusfilosófica do Decisionismo, na qual se assentam as bases do conhecimento dos estudiosos nessa vertente de pensamento, como Carl Schmitt. Na compreensão schmittiana, a decisão soberana é o começo absoluto, e o começo nada mais é que uma decisão soberana que toma a excepcionalidade como mandamento. Como não há uma norma para se aplicar ao caos, é preciso que a ordem seja estabelecida por meio de uma decisão. Ela, a decisão, é que fará com que a ordem tenha sentido. Ao elaborar as premissas de sua teoria, Schmitt considera que a vontade soberana põe termo à desordem e assegura, por meio dos seus mandamentos, a lei, a segurança e a paz. Nesse contexto é que surge a ideia de exceção (do latim excipere, ou seja, tirar de ou tomar de) e de que a decisão soberana consiste em abstrair-se da desordem e subtrair-se ao nada normativo para passar a uma ordem de Direito.

Palavras-Chave: Direito. Norma. Justiça. Segurança.

Abstract: This study aims to discuss the jusphilosophical theory of Decisionism, which is based on the knowledge base of scholars in this strand of thought, such as Carl Schmitt. In Schmittian understanding, the sovereign decision is the absolute beginning, and the beginning is nothing more than a sovereign decision that takes exceptionality as a commandment. Since there is no rule to apply to chaos, order must be established by a decision. She, the decision, is what will make the order meaningful. In elaborating the premises of his theory, Schmitt considers that the sovereign will puts an end to disorder and ensures, through his commandments, law, security and peace. It is in this context that the idea of exception arises (from the Latin Excipere, that is, to take from or take from) and that the sovereign decision consists in abstracting itself from the disorder and subtracting itself from the normative nothingness to move to a rule of law.

Keywords: Right. Standard. Justice. Safety.

*Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2005), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ (2015). Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO e Desembargador no Tribunal Regional da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

1 INTRODUÇÃO

À Carl Schmitt atribui-se o mérito de haver criado a teoria jusfilosófica do Decisionismo, na qual se assentam as bases do conhecimento dos estudiosos nessa vertente de pensamento, e que oferece a melhor estrutura para o debate e para a reflexão, especialmente, pelas características mais marcantes de sua vida: a contrariedade ao Liberalismo e ao Positivismo (normativista) (IORIO, 1987; NEGRETTO, 2000; ARAÚJO; SANTOS, 2011; SCHMITT, 2001, [2001?]).

Um estudo das circunstâncias históricas do pensamento de Carl Schmitt mostra realmente a sua oposição ao que havia de dominante no Direito alemão de sua época. Esse período notável da Alemanha e de importância vital para o engrandecimento das Ciências Jurídicas era parte de um grande movimento que buscava a formação de um Direito genuinamente alemão, e que forçasse um movimento unificador dos múltiplos e balcanizados Estados germânicos. Muitos dos mais conhecidos juristas eram inspirados na matriz romana, partidários dessa orientação jurídica autêntica e unificadora do povo alemão; outros eram seus opositores, pois julgavam ser necessário o viés germânico tradicional.

Carl Schmitt não era o único, mas destacava-se dentre os mais cultos e eruditos de sua época por sua capacidade, acima de tudo, de forjar ideias próprias e originais. O fato é que, ao nascer, Schmitt já testemunhou uma Alemanha unificada pela ação de Bismarck e o Direito alemão em franco desenvolvimento. O Direito unificador, entretanto, continuava a preponderar em todo o país, inspirado no Idealismo, que converge para um Conceptualismo, agregado a um conjunto de ideias sob o rótulo comum de Jurisprudência dos Conceitos. E, nesse contexto, desenvolveu-se uma variante de feições únicas sob o nome geral de Pandectismo.

A Schmitt coube o verdadeiro rompimento com esse Direito em vigor e propor novos parâmetros teóricos e metodológicos ao não usar a raiz romana – justamente a base do Pandectismo! (GALLI, 2010; NAVARRETE, 1993, p. 222; RÜTHERS, [198-?], p. 81).

Kelsen e seu Normativismo Sistemático não deixavam de ser, em certa forma, igualmente opositores ao Direito em vigor na Alemanha tal qual Schmitt. As premissas sustentadas pelo Positivismo Normativista de Kelsen chocavam-se,

entretanto, com as mais profundas e sensíveis convicções de Carl Schmitt. Não obstante, os neo-hegelianos e os neokantianos da Escola Logicista de Marburgo e da Escola Axiológica de Baden perfilhar um eixo kantiano e, a rigor, Schmitt, tal como Kelsen, esboçar certos contornos de viés kantiano em suas teorias, é necessário deixar claro que a compreensão de certos elementos comuns ou coincidentes outra coisa não fazia senão acentuar as distintas concepções de cada autor.

2 O CONCEPTUALISMO PANDECTISTA

A principal forma de pensamento na Alemanha, o Conceptualismo Pandectista, também não se poderia enquadrar como um tipo específico de Positivismo Jurídico, porque continha elementos metafísicos fragmentados e bem definidos, nos quais a figura chave do direito subjetivo seja, talvez, o melhor exemplo de Metafísica no Direito à época. O que seria também o caso do Positivismo Normativista de Hans Kelsen com a figura da norma jurídica fundamental, algo que se poderia reputar verdadeiramente metafísico.

A formação dos conceitos jurídicos, especialmente do Conceptualismo e do Pandectismo (amalgamados ou não), de ampla perspectiva metafísica, era a grande demonstração do poder dos dogmas e seus fundamentos derivados de uma mera especulação teórica. A par da construção de um conceito jurídico, caminhava o conceptualismo pandectista a lare do pensamento do Direito num percurso cientificista, que, a despeito de com ele não se confundir, foi chamado, impropriamente, de positivista, tal qual ocorreu no Brasil com a figura genial de Pontes de Miranda – possivelmente o maior cientificista brasileiro (KERVÉGAN, 2006, p. XXXI; VIANELLO, 2010; CASERTA, 2005; ARAÚJO; SANTOS, 2011; LARENZ, 1960).

Ao tempo em que apreciava as razões de seu pensamento, Schmitt forjava o Decisionismo pelo encontro de pensamento de autores que não se limitam ao plantel dos mestres franceses. Em Jean Bodin, extrai diretamente a concepção de soberania como poder. E, a partir da obra de Hobbes, desenvolve a fórmula (hobbesiana) de que é a autoridade, e não a verdade, que faz a lei (*auctoritas non veritas facit legem*). E são a soberania e a autoridade, verdadeiramente, o que há de mais puro

no pensamento decisionista formulado por Carl Schmitt (BILLIER; MARYIOLI, 2001, p. 212; AMENDOLA, 1999, p. 7; AMARAL, 1999, p. 317; BODIN, 2011; ARAÚJO; SANTOS, 2011).

3 AS PREMISSAS DO DECISIONISMO

O alcance do binômio soberania-autoridade nas premissas fundamentais do Decisionismo transcende a posição filosófica tradicionalmente aceita no Direito, lastreada em uma perspectiva exclusivamente realista ao pensamento de Schmitt, para se tornar um verdadeiro ponto de vista metafísico. É que a ideia de exceção suscita a dúvida de se saber o que seria a fonte (formal) do Direito e, também, a sua validade, dado que não existe norma que seja aplicada ao caos, ou seja, em uma excepcionalidade. Para Schmitt, o jurista decisionista toma a excepcionalidade como base de seu raciocínio, que não é o mandamento enquanto tal, mas o que leva a autoridade soberana à última decisão. Tomada a excepcionalidade como o mandamento, constituirá essa fonte de todo Direito, seja das normas, seja das ordens que dele decorrem.

E essa excepcionalidade, não obstante tratada simplesmente pelos estudiosos como realista, de um realismo de cariz conceitual, volitivo ou emocional por Schmit, assume, em verdade, não um realismo, com propriedade empírica e "corpórea", mas um vigor metafísico que se explicaria por se tratar a excepcionalidade como uma essência inexperimentável, imutável e de algum modo espiritual. A feição schmittiana da excepcionalidade, por sua essência e propriedade, não rejeita a Metafísica, mas, ao contrário, é a sua mais pura realização (SCHMITT, 2001, [2001?]; ARAÚJO; SANTOS, 2011).

Na compreensão schmittiana, a decisão soberana é o começo absoluto, e o começo nada mais é que uma decisão soberana que toma a excepcionalidade como mandamento. Como não há uma norma para se aplicar ao caos, é preciso que a ordem seja estabelecida por meio de uma decisão. Ela, a decisão, é que fará com que a ordem tenha sentido. E é no teórico da soberania, Jean Bodin, que encontra Schmitt a premissa de que na soberania estaria a fonte do poder. Junto com Hobbes, do qual extrai a ideia de que basta, apenas, a vontade do soberano para conferir

autoridade ao seu poder, toma a *summa potestas* e a *auctoritas* numa fusão, numa unidade de autoridade e vontade (POGGI, 1981, p. 21; BILLIER; MARYIOLI, 2001, p. 213; VILLACAÑAS, 2008, p. 27; ARAÚJO; SANTOS, 2011; RÜTHERS, [198-?], p. 119).

De outro autor, Hugo Grócio, utilizado, também, como fonte de inspirações nas leituras de Schmitt, fica claro que Schmitt considera que o soberano tem a obrigação de respeitar e fazer respeitar um Direito pré-estatal dotado de um determinado conteúdo. Nesse particular, identifica Schmitt a divergência de Grócio com Hobbes, porque Grócio parte do interesse ligado a certas concepções de justiça, ou seja, do conteúdo de uma decisão, ao passo que, para Hobbes, somente interessa que se tome uma decisão (BILLIER; MARYIOLI, 2001, p. 214; AMARAL, 1999, p. 351; GETTEL, 1941, p. 252; MACHADO NETO, 1984, p. 351; ARAÚJO; SANTOS, 2011; GROTIUS, 2004, p. 81).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao elaborar as premissas de sua teoria, Schmitt considera que a vontade soberana põe termo à desordem e assegura, por meio dos seus mandamentos, a lei, a segurança e a paz. Nesse contexto é que surge a ideia de exceção (do latim *excipere*, ou seja, tirar de ou tomar de) e de que a decisão soberana consiste em abstrair-se da desordem e subtrair-se ao nada normativo para passar a uma ordem de Direito. Por temor à desordem e para assegurar, por meio de seus mandamentos, a obediência à lei, a segurança e a paz, o juiz recebe a autoridade de agir sobre todos de forma legítima (BILLIER; MARYIOLI, 2001, p. 214; NEGRETTO, 2000; ARAÚJO; SANTOS, 2011; RÜTHERS, [198-?], p. 119).

A base das decisões judiciais não é reduzida às suas considerações ou deduzida de uma norma jurídica porque o elemento decisionista de toda decisão não deve ser dedutível, como tradicionalmente parece se entender, de maneira normativa. E esse elemento decisionista, inerente à aplicação do Direito a um caso concreto, está contido na competência do juiz (SCHMITT, 1998, p. 40; BILLIER; MARYIOLI, 2001, p. 211; KERVÉGAN, 2006, p. 7).

O Direito está assentado na decisão, a decisão política do soberano, e é ela que fundamenta a validade do Direito. A exceção indica a essência da autoridade e, por ser a última decisão, a que garante a ordem jurídica na sua totalidade. A decisão separa-se, então, da norma, sem que essa circunstância implique torná-la exterior ao Direito. O Direito assenta-se na norma e a decisão assegura a sua existência – eis a síntese do Decisionismo (BILLIER; MARYIOLI, 2001, p. 215; NAVARRETE, 1993, p. 222; IORIO, 1987; NEGRETTO, 2000; ARAÚJO; SANTOS, 2011).

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **História das idéias políticas**. Coimbra: Almedida, 1999.

AMENDOLA, Adalgiso. **Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto**. Nápoles: ESI, 1999.

ARAÚJO, Gisele Silva; SANTOS, Rogerio Dultra dos. **O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano in Curso de Ciência Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BILLIER, Jean-Carrien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Trad. José Ignácio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011.

CASERTA, Marco. **Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt**. Roma: Aracne, 2005.

GALLI, Carlo. **Genealogia della política**. Bolonha: Il mulino, 2010.

GETTELL, Raymond G.. **História das idéias políticas**. Rio de Janeiro: Alba, 1941.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Unijuí, 2004.

IORIO, Bruno. **Análise del decisionismo**. Nápoles: Giannini, 1987.

KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, **Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade**. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1960.

NAVARRETE, Lorca. **Temas de teoría y filosofía del derecho**. Madri: Pirâmide, 1993.

NEGRETTO, Gabriel L. **El concepto de decisionismo em Carl Schmitt**. México: Ultimo Reduto, 2000.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

POGGI, Gianfranco. **A evolução do Estado moderno**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

RÜTHERS, Bernd. **Carl Schmitt en el Tercer Reich**. Buenos Aires: Struhart & Cia., [198-?].

SCHMITT, Carl. **Sobre os três tipos do pensamento jurídico**. Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do Direito. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 161- 217.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cia., 1998.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., [2001?].

VIANELLO, Lorenza Córdova. Derecho y poder. **México: Fondo de cultura economica**. 2010.

VILLACAÑAS, José Luis. **Poder y conflicto: ensayos sobre Carl Schmitt**. Madri: Biblioteca Nova, 2008.

OBRAS CONSULTADAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. **Filosofia jurídica e história do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BINDER, Julius. **La fondazione della filosofia del Diritto**. Turim: Einaudi, 1945.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Golbenkian.

DUGUIT, Léon. **Lecciones de derecho público general**. Trad. Javier García Fernández. Madri: Marcial Pons, 2011.

RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo López. **Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v2n44p18-34>

A LEI COMO PRINCIPAL FONTE FORMAL ESTATAL

THE LAW AS THE STATE MAIN FORMAL SOURCE

Reis Friede*

Resumo: A doutrina alude à existência de dois grandes sistemas jurídicos: o denominado sistema romano-germânico (ou *civil law*), no qual a lei figura como a principal fonte, e o sistema anglo-saxão (ou *common law*), no qual os precedentes judiciais adquirem status fundamental. O presente artigo tece breves considerações sobre a lei enquanto principal fonte formal estatal do Direito brasileiro.

Palavras-chave: Fontes do Direito. Processo Legislativo. Lei.

Abstract: The doctrine allude to the existence of two major legal systems: the so-called Roman-Germanic system (or *civil law*), in which the law is the main source, and the Anglo-Saxon system (or *common law*), in which judicial precedents acquire status Fundamental. This article weans brief considerations about the law as the main state formal source of Brazilian law.

Keywords: Sources of law. Legislative procedure. Law.

*Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> E-mail: reisfriede@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina alude à existência de dois grandes sistemas jurídicos: o denominado sistema romano-germânico (ou *civil law*), do qual o Direito brasileiro é um típico exemplo, figurando a lei escrita como a principal fonte, e o sistema anglo-saxão (ou *common law*), no qual os precedentes judiciais adquirem status fundamental, cuja força vinculante é reconhecida e aceita.

Conforme explica Reale (2002, p. 97-98), a expressão *common Law* designa a “experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição”, caracterizada por “não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais”, configurando, pois, um

Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas. (REALE, 2002, p. 97-98)

O trecho em destaque permite inferir a importância da lei para o Estado, mormente para o Estado Democrático de Direito, fonte que, na quadra atual, tem adquirido um predomínio cada vez mais crescente, obtendo “amplitude e desenvolvimento que nunca teve em épocas passadas” (DINIZ, 2000, p. 283).

2 DEFINIÇÃO DE FONTES DO DIREITO

Buscar o significado etimológico das palavras é fundamental para compreender melhor os diversos institutos jurídicos contidos no sistema normativo. A palavra fonte, proveniente do latim *fontis*, quer dizer nascente de água ou manancial de água que brota do solo. Assim, o vocábulo fonte, semanticamente, significa origem, surgimento, princípio de algo. Por conseguinte, a expressão fontes do Direito, atribuída à época de Cícero (VENOSA, 2006, p. 119), traduz a origem do Direito, seu nascedouro. Portanto, o termo em questão, juridicamente, seria a origem do Direito, isto é, os modos de formação e revelação das normas jurídicas. Reale, conceituando o termo fonte, assevera que:

Por 'fonte do direito' designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. (REALE, 2002, p. 140)

3 CLASSIFICAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO

De acordo com Ramos (2014, p. 600), a expressão "fontes do Direito é, antes de tudo, polissêmica", traduzindo, por um lado, "os modos pelos quais as normas jurídicas são produzidas (fontes formais) e, por outro, os eventos sociais que geram as necessidades a serem reguladas pelas normas jurídicas (fontes materiais)", afirmação que indica que o tema vertente é objeto de múltiplas classificações doutrinárias, o que explica as diversas perspectivas apresentadas pelos estudiosos do assunto, sendo certo afirmar que inexistem uniformidade nos modos de expressá-las.

Reale (2002, p. 139-140), discordando da distinção levada a efeito por um segmento doutrinário, entre os quais se encontram Gusmão e Diniz, assevera que a "antiga distinção entre fonte formal e fonte material do Direito tem sido fonte de grandes equívocos nos domínios da Ciência Jurídica", razão pela qual, segundo o mestre Reale, a expressão fonte do Direito deveria ser empregada apenas para designar os "processos de produção de normas jurídicas". Como se vê, as fontes do Direito, na visão realista, estão relacionadas às formas de expressão do poder. Assim, diz o saudoso professor,

quatro são as fontes de Direito, porque quatro são as formas de poder: o processo legislativo, expressão do Poder Legislativo; a jurisdição, que corresponde ao Poder Judiciário; os usos e costumes jurídicos, que exprimem o poder social, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a fonte negocial, expressão do poder negocial ou da autonomia da vontade (REALE, 2002, p. 141).

Não obstante a mencionada posição de Reale, observa-se, de um modo geral, uma divisão preambular das fontes do Direito em fontes materiais e fontes formais, justamente como procede Gusmão (2000, p. 101), que define as primeiras como sendo

os dados extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes, com os quais o legislador, resolvendo questões que dele exigem solução, dá conteúdo ou matéria às regras jurídicas". Por outro

lado, fontes formais, na ótica do aludido autor, "são os meios ou formas pelos quais o Direito Positivo se apresenta na História ou pode ser conhecido.

No que se refere às fontes formais do Direito, Gusmão concebe as seguintes categorias: fontes estatais (lei, regulamento, decreto, decreto-lei, medida provisória, etc), fontes infraestatais (costume jurídico, doutrina, contrato coletivo de trabalho, jurisprudência) e fontes supraestatais (tratados internacionais, costumes internacionais, princípios gerais de Direito dos povos civilizados).

Ademais, Gusmão classifica as fontes formais em: fontes de Direito Interno ou de Direito Nacional (lei, regulamento, decreto-lei, jurisprudência dos tribunais estatais, Direito Interno consuetudinário, contrato coletivo de trabalho, doutrina) fontes de Direito Comunitário (fontes do Direito da União Europeia) e fontes de Direito Internacional (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de Direito dos povos civilizados, jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e a Ciência do Direito Internacional). Por fim, as fontes formais, na visão do mesmo autor, podem ainda ser catalogadas em: fontes legislativas (lei, regulamento, decreto-lei, etc), fontes consuetudinárias (costumes), fontes jurisprudenciais (jurisprudências dos tribunais estatais e da Corte Internacional de Justiça), fontes convencionais (tratados internacionais, contratos coletivos de trabalho) e fontes doutrinárias (doutrina nacional e internacional).

Venosa (2006, p. 119), no mesmo raciocínio classificatório, admite a existência de fontes materiais ("que têm o Estado como poder emanador"), além das fontes formais, estas subdivididas em fontes formais primárias/diretas/imediatas (a lei e o costume jurídico) e fontes formais secundárias/indiretas/mediatas (a doutrina e a jurisprudência), reconhecendo, porém, outras figuras, tais como a analogia e os princípios gerais de Direito, conforme previstos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942).

Ainda no que concerne à classificação das fontes do Direito, Diniz (2000, p. 279) assevera que

o jurista deve ater-se tanto às fontes materiais como às formais, preconizando a supressão da distinção, preferindo falar em fonte formal-material, já que toda fonte formal contém, de modo implícito, uma valoração, que só pode ser compreendida como fonte do Direito no sentido de fonte material.

Com efeito, seguindo a orientação doutrinária de Diniz e outros autores, adotaremos a classificação que desdobra as fontes do Direito em fontes materiais (reais ou de produção) e fontes formais (ou de conhecimento), estas últimas subdivididas em fontes formais estatais e fontes formais não-estatais. Fontes materiais são os fatores (sociais, políticos, históricos, econômicos, culturais, etc) que determinam a elaboração do Direito. Por seu turno, fontes formais são os meios através dos quais o Direito torna-se conhecido, revelado, podendo ser subdivididas em: fontes formais estatais (a lei, os tratados internacionais e a jurisprudência) e fontes formais não-estatais (o costume, a doutrina, os princípios gerais de Direito, a analogia e o contrato).

Com efeito, o presente texto limitar-se-á a analisar a lei enquanto fonte principal formal do Direito brasileiro.

4 ACEPÇÕES DO VOCÁBULO “LEI”

Como afirmado, a lei, em sistemas jurídicos como o do Brasil, constitui-se na principal e imediata fonte do Direito, importância que pode ser conferida pela simples leitura do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988), regra que traduz a essência da liberdade individual, uma das vigas do Estado Democrático de Direito. A propósito do que ora se afirma, cumpre transcrever o exato teor da nota publicada (em 18.05.2017) pelo Ministro Celso de Mello, no site de notícias da Suprema Corte, alusiva ao delicado momento experimentado pela Nação brasileira, tendo em vista a divulgação, no dia anterior, de fatos gravíssimos, a envolver o alto escalão da República.

Mais do que nunca, neste particular momento em que o Brasil situa-se entre o seu passado e o seu futuro, os cidadãos deste país, as instituições nacionais e os membros integrantes dos Poderes do Estado devem prestar obediência irrestrita à Constituição e às leis da República como condição de preservação de nossas liberdades fundamentais e de proteção a nossos direitos! Somos todos servos da lei para que realmente possamos ser livres, como já advertia Cícero no século I A.C., e,

também, para que, com esse gesto de respeito solidário aos princípios de nossa lei maior, sejamos verdadeiramente capazes de preservar os fundamentos e a integridade dos valores que constituem o sopro inspirador da República e a razão legitimadora do Estado Democrático de Direito! (EM NOTA..., 2017)

O termo lei, malgrado ser frequentemente empregado enquanto sinônimo de norma, com esta não se confunde, distinção explicada por Ferraz Jr. (2015, p. 241), para quem a lei é a “forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento”, o que significa dizer que “a lei é fonte do Direito, isto é, o revestimento estrutural da norma que lhe dá a condição de norma jurídica”.

Não obstante, mesmo superada a frequente confusão terminológica entre lei e norma, é cediço concluir que o vocábulo lei, ainda assim, não é unívoco, considerando que a doutrina admite a existência de diversos significados para o termo em questão, concebendo-o sob três perspectivas: lei em sentido amplíssimo, lei em sentido amplo e lei em sentido estrito.

Em sentido amplíssimo, o termo lei é empregado como sinônimo de norma jurídica, incluindo-se, neste caso, todas as normas escritas ou não escritas (costumeiras, consuetudinárias), significando, pois, norma geral de conduta, disciplinadora das mais diversas relações regulamentadas pelo Direito. Sob tal enfoque, a palavra lei engloba todas as espécies normativas primárias: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções” (BRASIL, 1988), bem como decretos, portarias, etc., além do chamado costume jurídico (norma costumeira ou consuetudinária) difusamente produzido pela sociedade.

A expressão lei em sentido amplo, a toda evidência, afigura-se menos abrangente do que a anterior, abarcando tão somente as normas jurídicas escritas. Compreende, assim, não apenas as espécies normativas primárias, mas também os decretos para a fiel execução das leis (art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, 1988) editados pelo Poder Executivo, além dos regimentos internos estabelecidos pelos Tribunais (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por exemplo). Envolve, ademais, toda uma série de atos normativos exarados pela Administração,

tais como resoluções, instruções, circulares, portarias, ordens de serviços, avisos, etc.

Assim, a Portaria nº 344/98 (BRASIL, 1998a), editada pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, e que complementa o art. 66 da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas (BRASIL, 2006a), constitui-se em lei em sentido amplo, embora não o seja sob o prisma estrito, conforme decidiu, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016).

Por derradeiro, sob a ótica estrita, o vocábulo lei compreende apenas o preceito assim denominado, emanado do Poder Legislativo, elaborado e aprovado no âmbito de sua competência, e produzido nos termos do processo legislativo, constitucional e regimentalmente previsto. De acordo com tal significação, o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, bem como o art. 1º do Código Penal (BRASIL, 1940), ao prescreverem não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, empregam a palavra lei em um sentido estrito, do que se infere que ao Presidente da República é vedado criar infrações penais através da edição de medida provisória, espécie normativa cujos contornos fundamentais estão elencados no art. 62, caput, da Lei Maior (BRASIL, 1988), mas que não pode ser identificada como lei em sentido estrito.

5 PROCESSO LEGISLATIVO

Exatamente como fizeram todas as Constituições brasileiras, a Constituição de 1988 expressamente alude, no que concerne à disciplina pertinente à produção normativa, ao denominado processo legislativo, elencando um rol de espécies a serem elaboradas segundo o rito básico contido na Lei Maior. Tal regramento deve ser fielmente observado. Afinal, como bem pontuou o Min. Joaquim Barbosa, a Constituição Federal, “ao dispor regras sobre processo legislativo, permite o controle judicial da regularidade do processo” (BRASIL, 2006b).

Com efeito, processo legislativo é o conjunto de fases estabelecidas na Constituição Federal, arts. 59 a 69 (BRASIL, 1988), a serem percorridas pelas espécies normativas primárias. Conforme consignado pelo Min. Celso de Mello,

a disciplina jurídica do processo de elaboração das leis tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de formação legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis. (BRASIL, 1997)

No plano infraconstitucional, a Lei Complementar nº 95/98 (BRASIL, 1998b) dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis e outros atos normativos, configurando, pois, um importante documento destinando à técnica legislativa.

Lenza (2012, p. 545) assevera que a “importância fundamental de estudarmos o processo legislativo de formação das espécies normativas é sabermos o correto trâmite a ser observado, sob pena de ser inconstitucional a futura espécie normativa”, do que se extrai a profunda relação que há entre o tema em exame e o chamado controle de constitucionalidade.

Dentro do propósito do presente texto, trataremos, em breves linhas, a respeito do processo legislativo pertinente às leis complementares e ordinárias, que abrange as fases da iniciativa, constitutiva (deliberação parlamentar – discussão e votação; deliberação executiva – sanção ou veto) e complementar (promulgação e publicação).

Por iniciativa entende-se o ato de deflagração do processo de criação da espécie normativa, conforme atribuído a alguém ou a um órgão, nos exatos termos da Lei Maior. Trata-se da fase inicial do processo legislativo, analisada sob a ótica da competência firmada na Constituição. A título de exemplo, “as leis que disponham sobre serven-tias judiciais e extrajudiciais são de iniciativa privativa dos Tribunais de Justiça, a teor do que dispõem as alíneas b e d do inciso II do art. 96 da CR” (BRASIL, 2009). Com efeito, nem mesmo a sanção presidencial terá o poder de convalidar eventual vício detectado na fase da iniciativa, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2003).

A próxima etapa, denominada pela doutrina de fase constitutiva, compreende a deliberação parlamentar (discussão e votação, própria do Poder Legislativo) e a deliberação executiva (sanção ou veto, pertinente ao Poder Executivo). Por deliberação parlamentar entende-se a fase na qual ocorre a discussão a respeito dos termos do projeto de lei, ocasião em que, nos termos regimentais,

poderão ser apresentadas chamadas emendas parlamentares. Após a discussão, segue-se a votação. Tal fase desenvolve-se em ambas as Casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), tendo em vista o bicameralismo que caracteriza o Poder Legislativo Federal brasileiro. Deste modo, discutido, votado e aprovado por uma Casa (iniciadora), o projeto seguirá para a outra (revisora).

Uma vez aprovado em ambas as Casas, será o projeto de lei enviado ao Chefe do Executivo – agora para efeito de deliberação executiva –, quem cabe sancioná-lo ou vetá-lo, nos termos do art. 66 da Constituição (BRASIL, 1998), em uma nítida demonstração de deferência constitucional ao sistema de freios e contrapesos. Nesta fase, duas hipóteses podem surgir: sanção (total ou parcial) ou veto (total ou parcial).

Nos termos do art. 66, caput, da Constituição (BRASIL, 1998), sanção é o ato pelo qual o Chefe do Poder Executivo adere ao texto aprovado pelo Poder Legislativo, demonstrando aquiescência quanto aos seus termos, ocasião em que o projeto de lei efetivamente se transforma em lei.

Quanto às espécies, a sanção pode ser expressa ou tácita (implícita). A primeira ocorre quando o Chefe do Executivo expressamente concorda com os termos do projeto de lei e o sanciona. A sanção tácita acontece quando o Chefe do Executivo permanece inerte por um determinado lapso de tempo e não sanciona expressamente o projeto de lei que lhe foi submetido à apreciação. Neste caso, conforme prevê o art. 66, parágrafo 3º, da Carta da República (BRASIL, 1998), decorrido o prazo de quinze dias úteis, contados do recebimento, o silêncio do Presidente da República implicará em sanção.

Ademais, a sanção pode ser total ou parcial. A primeira ocorre quando o Chefe do Executivo sanciona inteiramente o projeto de lei aprovado e enviado pelo Parlamento. Ao contrário, há sanção parcial quando o projeto de lei não é sancionado em sua integralidade. Neste caso, diz-se que houve veto.

A Constituição, no seu art. 84, inciso IV (BRASIL, 1998), confere ao Presidente da República o poder de vetar (total ou parcialmente) projetos de lei aprovados pelo Poder Legislativo, instrumento condizente com o sistema de checks and balance, por meio do qual cada Poder, nos termos rigidamente constitucionais, exerce controle sobre os demais. Por conseguinte, veto é a

discordância do Chefe do Executivo quanto aos termos do projeto de lei aprovado pelo Legislativo e submetido à sua apreciação. Diferentemente do que eventualmente pode acontecer com a sanção, não se admite veto tácito. Em linhas gerais, a doutrina assevera que o veto é irretratável e deve ser formalmente motivado (por escrito), podendo ser rejeitado pelo Poder Legislativo, mantendo-se, assim, o texto na forma como aprovado pelo Congresso.

Ao vetar (total ou parcialmente) um projeto de lei, deve o Chefe do Executivo explicitar as respectivas razões de veto, encaminhando-as ao Congresso Nacional, de modo que o Parlamento possa conhecer os motivos que o conduziram à discordância. Afinal, conforme adverte Lenza (2012, p. 574), “se o Presidente da República simplesmente vetar, sem explicar os motivos de seu ato, estaremos diante da inexistência do veto, portanto, o veto sem motivação expressa produzirá os mesmos efeitos da sanção (no caso, tácita)”.

Em termos classificatórios, o veto poderá ser: a) quanto ao motivo determinante, veto jurídico (por ser o projeto de lei inconstitucional), veto político (por ser contrário ao interesse público) e veto político-jurídico (por ser contrário ao interesse público e inconstitucional, simultaneamente); b) quanto à extensão, veto total (quando há rejeição total do projeto de lei) e veto parcial (no caso de haver rejeição parcial).

Ressalte-se, ainda, que o veto não poderá recair apenas sobre algumas palavras ou frases existentes em um determinado dispositivo do projeto de lei. Ao contrário, deve incidir sobre artigo, parágrafo, inciso, alínea ou item, sempre para suprimi-los em sua integralidade, jamais para promover qualquer adição ou alteração no texto. Ainda no que concerne às características, o veto reveste-se de uma natureza relativa, sendo perfeitamente superável, de modo que a parte vetada pelo Presidente da República poderá ser derrubada pelo Congresso Nacional, nos moldes do que preconiza o art. 66, parágrafo 4º e parágrafo 5º da Lei Magna. Desta feita, é lícito concluir que o veto presidencial acarretará o prosseguimento do processo legislativo, particularmente no que se refere ao texto vetado.

Ademais, consoante lecionam Paulo e Alexandrino (2003, p. 81) o veto “é insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, para efeito de controle judicial”, do que se depreende que as razões de veto são insuscetíveis de

controle por parte do Poder Judiciário, sobretudo em face do princípio da separação dos poderes, podendo o Congresso Nacional, se assim entender pertinente, derrubá-lo.

Após as fases da iniciativa e constitutiva, o texto precisará percorrer a chamada fase complementar, que abrange as etapas da promulgação e da publicação.

Promulgação é o ato pelo qual o chefe do Executivo autentica a lei, ou seja, atesta a sua existência. É a declaração de “nascimento” da lei, embora ainda não esteja em vigor. Não obstante a existência de alguma controvérsia, e diante da redação prevista no art. 66, parágrafo 7º, da Constituição (BRASIL, 1998), a melhor exegese a respeito é a que entende que o ato de promulgação recai sobre a lei (que efetivamente já existe desde a sanção ou derrubada do veto por parte do Congresso Nacional), e não sobre o projeto de lei.

Nas hipóteses de sanção tácita e de rejeição de veto, se o Presidente da República não promulgar a lei em 48 horas, caberá ao Presidente do Senado fazê-lo; e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo, conforme art. 66, parágrafos 3º ao 7º, da Constituição Federal (BRASIL, 1998).

Uma vez promulgada, a lei precisa ser publicada. Assim, publicação é o ato pelo qual se presume que uma lei é conhecida por todos. Trata-se de condição essencial para a lei entrar em vigor e, conseqüentemente, exigir-se a sua observância. Afinal, de acordo com a regra do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (BRASIL, 1942). Assevera Reale (2002, p. 158-159) que a “lei, cercada como está, desde a sua origem, por tantas certezas e garantias, opera, por si mesma, erga omnes, é universal quanto à sua aplicação”, sendo, pois, de “execução imediata e geral, dispensando a prova de sua existência”, razão pela qual “ela é, de per si, o seu conteúdo normativo e a força de sua obrigatoriedade, se não houver elemento de ordem formal condicionando a sua executoriedade”.

6 VACATIO LEGIS

De acordo com o art. 1º, caput, e parágrafo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), salvo disposição expressa em contrário, a lei entrará em vigor 45 dias depois de oficialmente publicada (regra geral). Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei, quando admitida, inicia-se três meses depois de oficialmente publicada. Ressalte-se, ainda, que, segundo o princípio da simultaneidade, a lei começa a vigorar, ao mesmo tempo, em todo o País. Oportuno mencionar que o art. 8º da referida Lei Complementar nº 95/98 (BRASIL, 1998b) preceitua que

a vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula 'entra em vigor na data de sua publicação' para as leis de pequena repercussão.

Como se vê, a regra em questão demanda um prazo razoável, de modo que a sociedade possa tomar conhecimento do teor legal, justamente a função a ser desempenhada pela vacatio legis no âmbito do sistema normativo, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2014).

É exatamente tal período (existente entre a data de publicação da lei e sua entrada em vigor) que se convencionou chamar de vacatio legis. Neste caso, a lei só adquire obrigatoriedade depois de decorrido o prazo previsto em lei.

Cumprido destacar, ainda, que, consoante dispõe o art. 1º, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), caso a lei não especifique a data de início de sua vigência, o novo texto legal somente vigorará 45 dias depois de oficialmente publicado. E, conforme previsto no art. 8º, parágrafo 1º, da Lei Complementar nº 95/98,

a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. (BRASIL, 1998b)

Em suma, a finalidade da vacatio legis é possibilitar que a lei seja conhecida pelos respectivos destinatários, razão pela qual o prazo de vacância a ser fixado

deverá se orientar pelo critério da razoabilidade, no sentido de viabilizar o conhecimento social acerca do novo diploma legal.

7 REVOGAÇÃO

Nos termos do art. 2º, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), as leis podem ser de vigênciaindeterminada, isto é, aquelas que vigoram por um tempo que não se pode determinar, não fazendo qualquer alusão ao respectivo prazo, bem como podem possuir vigênciadeterminada (ou temporária), vigorando por um lapso temporal previamente fixado.

Em contraposição, o vocábulo revogação designa justamente a cessação da vigência da lei, fenômeno que demanda alguns requisitos. Em primeiro lugar, tendo em vista o critériohierárquico, a lei revogadora deverá ser hierarquicamente igual ou superioràquela a ser revogada; da mesma forma, ante o fatorcronológico, a lei revogadora deverá ser posteriorà revogada. É o que dispõe, a propósito, o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), segundo o qual “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Quanto à extensão, é possível classificar a revogação em total ou parcial. A revogação total ocorre quando uma lei é integralmente revogada por outra, havendo o que a doutrinadenomina de ab-rogação. Em contraste, dá-se a revogaçãoparcial (ou derrogação) quando a lei é parcialmente revogada por outra.

Ademais, a revogação pode ocorrer de forma expressa ou tácita (ou implícita). Há revogaçãoparcial expressa quando a lei revogadora indica expressamente aquela a ser revogada. Neste caso, conforme determina o art. 9º da Lei Complementar nº 95/98, a “cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas” (BRASIL, 1998b). Diferentemente, a revogaçãotácita acontece quando a lei revogadora não indica expressamente o texto a ser revogado. Consoante o art. 2º, parágrafo 1º, 2ª parte, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), a revogação tácita pode ocorrer nos seguintes casos: quando os termos da lei posterior forem incompatíveis com as

disposições da anterior; quando a lei posterior regular inteiramente a matéria que era disciplinada pela anterior.

8 REPRISTINAÇÃO

Dá-se o fenômeno da repristinação quando uma norma revogadora de outra anterior, que por sua vez havia revogado uma ainda mais antiga, recoloca esta última novamente em estado de produção de efeitos. Trata-se de verdadeira restauração da vigência de uma lei já revogada, o que somente ocorre se houver expressa previsão na nova lei, conforme determina o art. 2º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), segundo o qual “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”, denotando, assim, uma figura jurídica de excepcional ocorrência, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal:

A recepção de lei ordinária como lei complementar pela Constituição posterior a ela só ocorre com relação aos seus dispositivos em vigor quando da promulgação desta, não havendo que se pretender a ocorrência de efeito repristinatório, porque o nosso sistema jurídico, salvo disposição em contrário, não admite a repristinação (art. 2º, § 3º, da LICC [atual LINDB]). (BRASIL, 1999)

9 CONCLUSÃO

Como visto, a doutrina alude à existência de dois grandes sistemas jurídicos: o romano-germânico, do qual o Direito brasileiro é um exemplo, figurando a lei escrita como a principal fonte, e o da common law, no qual os precedentes judiciais adquirem status fundamental. Conforme ressaltado por Reale (2002, p. 97-98), a expressão common law designa a “experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição”, caracterizada por “não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais”. Em contraste, no sistema romano-germânico prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas, do que se infere a importância da lei para o Estado, mormente para o Estado Democrático de Direito, fonte que, na quadra atual, tem adquirido um

predomínio cada vez mais crescente, obtendo “amplitude e desenvolvimento que nunca teve em épocas passadas” (DINIZ, 2000, p. 283).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso: 14 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso: 14 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2006a. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso: 14 fev. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**. 1998b. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1998/leicomplementar-95-26-fevereiro-1998-363948-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso: 14 fev. 2019.

BRASIL. **Portaria nº 344**, de 12 de maio de 1998. 1998a. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso: 14 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso Especial nº 1.444.537-RS**. Recurso especial. Tráfico de drogas. Materialidade. Substâncias constantes das listas e E F1 da Portaria n. 344/1998 da ANVISA. Recurso provido. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Vagner Nunes Leandro. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 12 de abril de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Plenário, Mandado de Segurança nº 22.690/CE**. Servidor público. Reajuste de vencimentos. Omissão atribuída ao Presidente da República. Pretendida existência, com base na lei nº 7.706/88, da obrigação de o Presidente da República fazer instaurar o processo legislativo [...] Relator: Min. Celso de Mello, 17 de abril de 1997.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. (1. Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 235.800/RS**. Relator: Min. Moreira Alves, 25 de maio de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.867/ES**. Relator: Min. Celso de Mello, 03 de dezembro de 2003.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.146/DF**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 11 de maio de 2006. 2006b.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.773/SP**, Relator: Min. Menezes Direito, 04 de abril de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Primeira Turma, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 629.030/PR**. Relator: Min. Roberto Barroso, 20 de maio de 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito, técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EM NOTA, **Celso de Mello pede 'obediência irrestrita' à Constituição: Para ele, "mais do que nunca", todos devem prestar obediência às leis da República**. Estadão, [S.l.], 18 maio 2017. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Noticias/noticia/2017/05/pegn-em-nota-celso-de-mello-pede-obediencia-irrestrita-a-constituicao.html>. Acesso em: 13 mar. 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Processo Legislativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

***** Diálogos com o Direito *****

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Fontes e o Novo Direito Internacional Privado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 109, jan./dez. 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio. **Introdução ao Estudo do Direito: primeiras linhas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

O JULGAMENTO DE ADOLF EICHMANN: A TENTATIVA DA DEFESA DE JUSTIFICAR O INJUSTIFICÁVEL

THE JUDGMENT OF ADOLF EICHMANN: THE DEFENSIVE ATTEMPT TO JUSTIFY THE UNJUSTIFIABLE

Luiz Henrique Lucas Barbosa*

Resumo: O presente artigo se propõe a investigar os antecedentes que deflagraram a ascensão do nazismo na Alemanha da primeira metade do século XX. O desespero e a crise que tomaram os espíritos da população germânica conduziram os destinos da nação a reconhecer e mesmo apoiar parcialmente a Adolph Hitler e seus partidários. Dentre eles destacamos a Adolf Eichmann, um homem simples que se rendeu a toda a burocracia da máquina nazista e se apresentou como um cego observador dos mandamentos legais, mesmo que assim se tenha transformado em um frio assassino de judeus. Uma vez terminada a guerra, Eichmann fugiu para a América do Sul, vivendo escondido com sua família num subúrbio de Buenos Aires (Argentina). Ali foi reconhecido, capturado pelo "Mossad" e conduzido a Jerusalém, onde foi julgado e condenado à pena de morte. Este artigo se ocupa de investigar os argumentos da defesa e de apresentar sua recusa pela corte israelense. Não é nossa proposta buscar casos similares posteriores ao julgamento de Eichmann, mas apenas debater os argumentos levantados por seu advogado.

Palavras-chave: Alemanha Nazista. Eichmann. Defesa. Obediência. Lei.

Abstract: This article aims to investigate the background that deflagrated the rise of Nazism in Germany in the first half of the 20th century. The desperation and crisis that took the spirits of germanic people drove nation's destinies to recognize and even support in part Adolph Hitler and his partners. One of these was Adolf Eichmann, a simple man who surrendered himself to all the bureaucracy of nazi machine and was presented as a blind observer of legal orders, even though if it changed him in a cold murderer of jews. Once the war ended, Eichmann fled to South America, living hidden with his family in a suburb of Buenos Aires (Argentina). There he was recognized, captured by "Mossad" and driven to Jerusalem, where he was tried and sentenced to death penalty. This article deals with investigating the arguments of Eichmann's defense and presenting its rejection by israeli court. It's not our intention to investigate similar cases, after Eichmann's judgement, but only to discuss the arguments raised by hir lawyer.

*Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com Especialização em Direito Público e Processual Civil pela Universidade Gama Filho e Mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Ciências Religiosas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e em Teologia pela Faculdade de Ciências, Educação e Teologia do Norte do Brasil (reconhecimento pelo MEC). Atualmente é aluno dos cursos intensivos do Doutorado em Direito Penal da Universidade de Buenos Aires e oficial de justiça na Seção Judiciária do Rio de Janeiro – SEMCI. Contato: luizhlbarbosa@ig.com.br.

Keywords: Nazi Germany. Eichmann. Defense. Obedience. Law.

1 INTRODUÇÃO

Otto Adolf Eichmann foi membro da SS nazista (organização paramilitar de proteção aos membros do Partido Nacional-Socialista Alemão). Uma das últimas atribuições dessa força policial foi justamente o funcionamento e as deportações para os campos de extermínio. Entre 19 de dezembro de 1939 e 24 de dezembro de 1944, Eichmann comandou o transporte de judeus para guetos e campos de concentração nazistas, quando então escapou da tomada de Budapest (Hungria) pelos soldados soviéticos, quase ao final da segunda guerra. Em 6 de julho de 1944 foram 437.000 judeus húngaros assassinados nesses campos.

Eichmann e sua família voltaram a Berlim e de lá foram viver escondidos na Áustria. Capturado pelos americanos, Eichmann escapou da prisão e, depois de atravessar diversos países da Europa com a ajuda do bispo Alois Hudal (católico austríaco e simpatizante do nazismo), há 14 de julho de 1950 ele chegou sozinho a Buenos Aires, com documentos falsos em nome de Ricardo Klement. A princípio foi viver em Tucumán. Em 1952 seus familiares chegaram à Argentina e foram para Buenos Aires. Em 1960 mudaram de endereço e foram para São Fernando, 20 km ao norte do centro da capital. Eichmann trabalhava então como chefe de departamento na fábrica da Mercedes-Benz.

Há 11 de maio de 1960, uma equipe do Mossad (serviço secreto de Israel) capturou Eichmann quando voltava para casa do trabalho e, perto da meia-noite do dia 20 do mesmo mês, todos embarcavam em um voo da El Al com destino a Israel. Desembarcaram em território israelense no dia 22. O sequestro de Eichmann gerou um forte protesto da Argentina e o Conselho de Segurança das Nações Unidas foi convocado prontamente. Depois de negociações, o impasse foi solucionado e Adolf Eichmann levado a julgamento ante o Tribunal Distrital de Jerusalém. A corte começou os trabalhos há 11 de abril de 1961 e prolatou a sentença em 12 de dezembro do mesmo ano, sentenciando Eichmann à morte por enforcamento. Há 1º de junho de 1962, depois de ver negados seus recursos, Adolf Eichmann foi executado em uma prisão de Ramla (Israel).

O embate entre defesa e acusação durante o julgamento transcorreu no campo do conflito entre a obediência cega à lei do Reich e a consciência de estar

violando direitos humanos, como a vida e a dignidade da pessoa humana. Os tópicos que se seguem irão analisar os argumentos e a solução do caso.

2 ALEMANHA: DA REPÚBLICA AO REICH

Para compreender as acusações contra Eichmann, vejamos o que se passou na Alemanha da primeira metade do século XX.

2.1 Origem do Caos Político e Econômico

Quando a Primeira Guerra terminou (1918), os vencidos viram cair seus antigos impérios: Alemão, Austro-Húngaro e Turco-Otomano. Nos interessa em particular o primeiro deles.

Todas as vitórias políticas e o prestígio internacional que Otto von Bismarck conquistou para os alemães até fins do século XIX se evaporaram com a derrota bélica em 1918 e a conseqüente vergonha internacional. Em fins desse ano, o kaiser Guilherme II abdicou do trono e se exilou nos Países Baixos. Com o fim do império, se estabeleceu uma república em território alemão, denominada de República de Weimar, que durou de 1918 a 1933 (com o começo do regime nazista). Paul von Hindenburg foi o segundo presidente da república, eleito por duas vezes (1925 e 1932). Em 32 – por conselho de Franz von Papen – Hindenburg designou Adolf Hitler para chanceler e, assim, foi perdendo seu poder pouco a pouco, até sua morte em 1934. Hitler concentrou todos os poderes de Chefe de Estado e de Governo, assim permanecendo até sua morte em 1945.

A era de Weimar foi o tempo em que os alemães sofreram com escassez de alimentos, inflação alta, desemprego e muita instabilidade política. Os protestos populares eram frequentes e violentos nas ruas de Berlim e Munique. Um cenário propício ao surgimento do regime nazista, que fez Hitler prosperar com a imagem de salvador da nação. Paul Joseph Goebbels foi seu ministro da propaganda e o grande responsável por fazer com que os alemães apoiassem o Führer (guia) e sua ideologia de pureza da raça ariana.

O sentimento antissemita já era bem consolidado na Áustria quando o Partido Nacional Socialista assumiu o poder na Alemanha (1933). Entretanto, não podemos tratar da política de extermínio racial durante a Segunda Grande Guerra antes de investigar as origens do antissemitismo, avaliando a questão judaica.

2.2 A Questão Judaica

O antissemitismo é um fenômeno muito mais complexo do que aparenta ser. Ele não surgiu simplesmente do sentimento de repulsa ao povo hebreu pelos membros do nacional-socialismo alemão. Não foram os nazistas que inspiraram o antissemitismo, mas o antissemitismo que ajudou a inspirar os nazistas.

A teoria da conspiração judaica ou Reino Secreto de Judá, muitas vezes apresentada sob a alcunha de "Protocolos dos Sábios de Sião", nutriu o imaginário de muitos antissemitas, que se valiam desse argumento para defender a necessidade de combater o poder descontrolado em mãos judaicas, da mesma forma que a teoria da conspiração romana ou Roma Secreta serviu para atacar a Igreja Católica Romana. Os Protocolos dos Sábios de Sião ou Protocolos de Sião são um texto surgido originalmente em idioma russo, forjado em 1897 pela Okhrana (polícia secreta do czar Nicolau II), que descrevia um suposto projeto de conspiração para que os judeus alcançassem a "dominação mundial". O texto foi traduzido do original para vários idiomas e tem o formato de uma ata que teria sido composta pelo participante de um Congresso realizado a portas fechadas, em uma assembleia na Basileia (1807), onde um grupo de sábios judeus e maçons se reuniram para estruturar um esquema de dominação do mundo. Nesse evento foram formulados planos como: usar uma nação europeia que servisse de exemplo para as demais que se atrevessem a atravessar o caminho dessa dominação, controlar o ouro e as pedras preciosas, criar uma moeda amplamente aceita e que estivesse sob o seu controle, confundir os "não-escolhidos" com números econômicos e físicos e, principalmente, gerar caos e pânico capazes de fazer com que os países criassem uma organização supranacional capaz de interferir em países rebeldes.

Numerosas investigações repetidamente provaram tratar-se de um embuste, especialmente uma série de artigos do periódico inglês The Times of London, de 16 a

18 de agosto de 1921, o que leva a crer que muito do material utilizado no texto era plágio de sátiras políticas existentes, as quais não tematizavam a questão antissemita. Segundo essas investigações, a base da história dos Protocolos, como circula desde então, foi criada por um novelista alemão antissemita, denominado Hermann Goedsche, que usou o pseudônimo de Sir John Retcliffe. A contribuição original de Goedsche consistiria na introdução dos judeus como conspiradores para a conquista do mundo. O periódico norte-americano The New York Times republicou os textos em 4 de setembro de 1921.

Adolf Hitler e seu Ministério da Propaganda citaram os Protocolos para justificar a necessidade do extermínio de judeus, o que já havia sido pleiteado mais de 10 anos antes. Para a retórica nazista, a "conquista do mundo pelos judeus" – descoberta pelos russos em 1897 – estava obviamente sendo ainda levada a cabo 33 anos depois. A utilização dos Protocolos por Hitler pode ser apreciada na seguinte tradução do "Mein Kampf", capítulo XI, Nação e Raça:

[...] até que ponto toda a existência desse povo é baseada em uma mentira continuada, incomparavelmente exposta nos Protocolos dos Sábios de Sião, tão infinitamente odiado pelos judeus. Eles são baseados em um documento forjado, como clama o periódico Frankfurter Zeitung (itálico nosso) toda semana: é a maior prova de que eles são autênticos. O que muitos judeus fazem inconscientemente, aqui é exposto de forma consciente. E é isso que importa. É completamente indiferente de qual cérebro judeu essa revelação se originou; o importante é que, com uma certeza positiva e terrível, eles revelam a natureza do povo judeu e expõem seus contextos internos bem como seus objetivos finais. Todavia, a melhor crítica aplicada a eles é a realidade. Qualquer um que examine o desenvolvimento histórico dos últimos 100 anos, do ponto de vista desse livro, vai entender de uma vez os gritos da imprensa judaica. Agora que esse livro se tornou uma propriedade do povo, a ameaça judaica é considerada interrompida (HITLER, 1925, pp. 307-308 apud GOES, 2015).

Hannah Arendt, filósofa alemã de origem judaica, explica como cresceu o antissemitismo na Europa:

Durante mais de cem anos o antissemitismo havia, lenta e gradualmente, penetrado em quase todas as camadas sociais em quase todos os países europeus, até emergir como a única questão que poderia unir a opinião pública. Foi simples como ocorreu esse processo: cada classe social que entrava em conflito com o Estado se tornava antissemita, porque o único grupo que parecia representar o Estado, identificando-se com ele servilmente, eram os judeus (ARENDR, 1989, p. 45).

Aqueles que desejavam lançar-se na política e reunir os votos dos descontentes, logo se apresentavam como antissemitas, porque, assim, acreditavam estar posicionando-se contra tudo o que se relacionava com o poder governante. Nesse sentido também afirma Hannah Arendt:

[...] era necessário ingressar na área da luta contra os judeus para conquistar o poder político. Fingiam estar lutando contra os judeus exatamente como os trabalhadores lutavam contra a burguesia, e, atacando os judeus, que apresentavam – de acordo com a ideia geral – como detentores do poder por detrás dos governos, agrediam abertamente o próprio Estado, catalisando assim todos os descontentes e frustrados (ARENDR, 1989, p. 60).

Posteriormente, os nazistas souberam aproveitar muito bem o sentimento antissemita arraigado nos povos germânicos. Para Hannah Arendt:

A mais eficaz ficção da propaganda nazista foi a história de uma conspiração mundial. Concentrar-se em propaganda antissemita era expediente comum dos demagogos desde fins do século XIX, e muito difundido na Alemanha e na Áustria na década de 1920. Quanto mais constantemente os partidos e órgãos de opinião pública evitavam discutir a questão judaica, mais a chusma se convenciu de que os judeus eram os verdadeiros representantes das autoridades constituídas, e de que a questão judaica era o símbolo da hipocrisia e da desonestidade de todo o sistema. O verdadeiro conteúdo da propaganda antissemita do pós-guerra [depois de 1918] não era monopólio dos nazistas nem particularmente novo e original. Mentiras acerca de uma conspiração mundial judaica haviam sido veiculadas desde o Caso Dreyfus, e se baseavam na inter-relação e interdependência do povo judeu disseminado por todo o mundo. Mais antigas ainda são as noções exageradas do poder mundial dos judeus; as encontramos em fins do século XVIII, quando a estreita relação entre os comerciantes judeus e os Estados-nações se tornou visível (ARENDR, 1989, p. 403).

Em discurso realizado em Kharkov, Heinrich Himmler recordava aos líderes da SS de que esses eram os primeiros a efetivamente resolver pela ação o problema do sangue. Para o chefe da polícia nazista “sangue” não era entendido como mero antissemitismo, pois o sentimento antissemita “é a mesma coisa que catar piolhos. Catar piolhos não é uma questão de ideologia; é uma questão de limpeza”. Ainda para Himmler, a questão do sangue era a memória de seu próprio valor e uma recordação que mantinha unido o povo alemão.

2.3 Extermínio

A radicalização do ideal da antiga seleção racial pode ser verificada em todas as fases da política nazista. Os primeiros exterminados foram os “judeus puros”, seguidos dos “meio-judeus” e dos “um-quarto-judeus”. Os nazistas não desejavam em nenhuma hipótese ver o território do país despovoado, o que faria inserir a Alemanha no panorama crítico do desemprego mundial pós 1929. Quando os trabalhadores forçados foram levados do leste europeu para garantir a produção das indústrias alemãs, o quadro se tornou favorável à eliminação em massa de indivíduos indesejáveis, sobretudo judeus e eslavos.

Quanto à política de extermínio dos inimigos do regime, cabe esclarecer que – ainda que os campos de concentração estivessem a cargo da SS no período mais terrível da eliminação de prisioneiros – Hitler parece ter sido o mentor das piores atrocidades praticadas. Hannah Arendt informa que:

Já restou provado, por meio de numerosos documentos, que era o próprio Hitler – e não Himmler, nem Bormann, nem Goebbels – quem sempre tomava a iniciativa das medidas realmente “radicais”; que essas medidas eram sempre mais radicais que aquelas propostas por seus seguidores imediatos; que até Himmler ficou horrorizado quando recebeu a incumbência da “solução final” da questão judaica. (ARENDR, 1989, p. 425, nota 89).

Lionel Richard (1988) segue a opinião de que nem mesmo a relevância política de Hitler teria sido suficiente para o sucesso macabro dos campos de concentração, se não houvesse ocorrido a colaboração técnica de dezenas de milhares de funcionários zelosos da extinta república e a concordância ou adesão passiva de milhões de cidadãos desesperados com a ineficácia do regime republicano. Entendemos que Eichmann estaria inserido nesse contingente de colaboradores.

A tortura física e psicológica foi uma prática tão comum nos campos de concentração nazistas que alguns fatos acabaram por tornarem-se conhecidos em todo o mundo, ainda que muito do que ali ocorreu só viesse ao conhecimento público com o encerramento da guerra e o retorno dos sobreviventes à sua condição anterior. Para Hannah Arendt a tortura é parte essencial de toda polícia totalitária e

de seu aparato judicial. Trata-se de um tipo de tortura com objetivos definidos e racionais, apresentando limites pré-estabelecidos. Se tortura o prisioneiro diariamente até que fale ou aja de acordo com os interesses dos torturadores; porém, se dentro de um tempo estabelecido ele nada contar, é automaticamente eliminado.

Tão pronto Hitler se tornou chanceler em 1933, e já nos anos seguintes a lei e a constituição – que permanecia a mesma da República de Weimar – foram desobedecidas inúmeras vezes por ele e pelos membros do NSDAP, de forma que muitos juízes afirmavam naquela época que “Hitler é a lei!”. Hermann Göring declarou aos promotores prussianos em 12 de junho de 1934 que a “vontade do Führer e a lei são a mesma coisa”. O próprio Hitler, depois do expurgo em massa de seus inimigos na Noite das Facas Longas, em seu discurso no Reichstag, se denominou o “juiz supremo do povo alemão”. Hitler tinha inclusive o direito de revogar os processos criminais.

O registro de todas as decisões dos tribunais para os acusados de atacar o Partido Nazista era mandado para o deputado Rudolf Hess que, se considerasse a sentença muito branda, condenava muitas vezes a pessoa a ser levada a um campo de concentração ou a sentenciava à morte. Os juízes eram estimulados a desobedecer a lei em favor do nazismo. O Dr. Hans Frank, Comissário de Justiça e Líder Jurídico do Reich, disse aos juristas em 1936:

A ideologia nacional-socialista é o fundamento de todas as leis básicas. Frente ao nacional-socialismo não há lei Independente. Ante qualquer decisão que tomeis perguntai a vós mesmos ‘Como decidiria o Führer em meu lugar?’ Em toda decisão, perguntai ‘Será essa decisão compatível com a consciência nacional-socialista?’. (FORTES, 2009).

Toda perseguição racista continuaria em intervalos irregulares até o programa da 'Noite dos Cristais Quebrados' e o incêndio das sinagogas do dia 9 de novembro de 1938. A Noite dos Cristais Quebrados entraria para a História como o início do “holocausto” que provocou a morte de seis milhões de judeus na Europa até fins da 2ª Guerra Mundial. Essa noite, de 9 para 10 de novembro de 1938, na Alemanha e na Áustria, foi marcada pela destruição de símbolos, sinagogas, comércios e casas de judeus.

Então, a perseguição aos indesejados do regime foi gradual: primeiro veio a emigração forçada; depois a deportação; e finalmente a execução – ou, melhor, extermínio – nos campos de concentração como Dachau; Sobibor, Treblinka e Auschwitz. Em sua obra “História da Solução Final, uma indagação das etapas que levaram ao extermínio dos judeus europeus”, Daniel Rafecas (2014, p. 213-265) trata desses e outros campos de extermínio nazistas.

Encerramos aqui o primeiro capítulo, crendo que as informações são suficientes para compreender como o nacional-socialismo pode encontrar espaço e apoio na Alemanha e na Áustria e por que a vontade de Hitler se tornou lei inquestionável na consciência coletiva.

3 O CASO EICHMANN: A DEFESA

Citados os fatos históricos, passemos a apreciar os argumentos da defesa, patrocinada pelo advogado alemão Robert Servatius, com assistência de Dieter Wechtenbruch e participação ativa do próprio Eichmann.

Os bastidores do julgamento de Eichmann em Jerusalém são conhecidos nossos graças ao trabalho da filósofa judia-alemã Hannah Arendt, que atuou como correspondente da revista *The New Yorker*. Posteriormente ela publicou, em 1963 (edição original), um livro denominado “Eichmann em Jerusalém, um relato sobre a banalidade do mal” (ARENDR, 1999), que apresentou ao mundo a acusação suportada pelo nazista, os fortes testemunhos prestados por aqueles que foram submetidos às atrocidades nos campos de concentração, assim como o comportamento frio do réu e a tentativa da defesa de justificar o injustificável. Ainda que a filósofa tenha feito um relato imparcial do julgamento, apresentando uma realidade onde todo inimigo da raça ariana era tratado como menos que um objeto – ou seja, o emprego do mal como algo comum à consciência nazista, sem dramas ou ressentimentos –, ela não se colocou jamais contra seu povo. Entretanto, muitos foram os judeus – mesmo amigos – que a acusaram de ser traidora da religião, por amenizar as ações bárbaras de Adolf Eichmann.

A base da defesa de Eichmann foi a de que ele se limitou a obedecer ordens legais e superiores. Segundo interrogatório do próprio réu, na Alemanha nazista

ninguém se atrevia a dizer não às ordens do Führer. Como policial (chegou ao posto de tenente-coronel) que servia na SS, Eichmann obedecia a uma hierarquia cega, que recebia com normalidade e tranquilidade a autoridade dos mandatários nazistas e não se desviava um ponto sequer das leis e demais normas decretadas pelo alto comando do regime.

Para Eichmann, a obediência cega – ou “obediência cadavérica” como ele mesmo dizia – era a razão que levava um homem a obedecer às leis mais que às ordens superiores. E, por isso, não era possível ver nada de mal em sua conduta. Ele citou o nome de Kant para embasar sua teoria de que não se devem criar exceções às leis. Sob tal filosofia, leis são feitas para serem cumpridas; são leis, não exceções. Porém Hannah Arendt cita que Eichmann teve dois episódios em que violou a hierarquia e as leis e atendeu a interesses particulares em favor de judeus. Por isso, aos olhos dos juízes israelenses, Eichmann tinha sim consciência da diferença entre certo e errado. O réu tentou convencer a corte de que ele pedira desculpas a seus superiores por essas exceções em favor dos judeus, mas não foi suficiente para convencer os magistrados.

Também pesou contra Eichmann suas ordens para que os prisioneiros judeus marchassem a pé de Budapest até a Áustria (em 1944), pois Himmler havia desativado o campo de Aushwitz e todo o sistema de transporte (por trem) de prisioneiros. O comandante supremo da SS queria tratar bem os judeus ao final da guerra, pois almejava obter um acordo com os Aliados; assim que a determinação de Eichmann se deu por sua própria responsabilidade. Hannah Arendt cita que Himmler teve uma discussão com Eichmann porque este não obedeceu suas ordens de tratar bem aos judeus e tomou tal iniciativa, contra o empenho de alguns nazistas de interromper com a “solução final”. Portanto, era difícil crer que Eichmann tivesse sido um mero cumpridor de ordens e leis.

Hannah Arendt (2013, p. 158) cita que, antes das ordens de Himmler de desativar Auschwitz, Eichmann organizou o transporte de 147 trens, conduzindo 434.351 judeus húngaros desde Budapest até aquela cidade polonesa e que, por isso, as câmaras de gás do citado campo quase não conseguiram funcionar devidamente. Era claro que Eichmann não foi o inocente que pretendia apresentar a

defesa. Hannah Arendt cita também a participação decisiva de Eichmann para o sucesso da shoah:

Em todos os momentos, Eichmann fez o máximo para tornar final a Solução Final – isso não estava em discussão. A questão era apenas se isso constituía prova de seu fanatismo, seu ódio ilimitado aos judeus, e se ele havia mentido à polícia e cometido perjúrio no tribunal ao afirmar que sempre obedeceu ordens. Nenhuma outra explicação ocorreu aos juízes, que tanto se esforçaram para compreender o acusado e o trataram com uma consideração, com uma humanidade autêntica e radiante, tais como ele provavelmente jamais encontrou em sua vida (ARENDDT, 1989, p.163).

Outra aberração alegada por Eichmann para justificar sua obediência cega era a autoridade suprema de Hitler como única lei vigente. Em palavras de Hannah Arendt:

Em Jerusalém, confrontado com provas documentais de sua extraordinária lealdade a Hitler e à ordem do Führer, Eichmann tentou muitas vezes explicar que durante o Terceiro Reich “as palavras do Führer tinham força de lei” [...] o que significava, entre outras coisas, que uma ordem vinda diretamente de Hitler não precisava ser escrita. Ele tentou explicar que, por isso, nunca tinha pedido uma ordem escrita a Hitler (nenhum documento relativo à Solução Final jamais foi encontrado) [...] Sem dúvida era um estado de coisas fantástico, e bibliotecas inteiras de comentários jurídicos “abalizados” foram escritas demonstrando que as palavras do Führer, seus pronunciamentos orais, eram a lei do mundo. Dentro desse panorama “legal”, toda ordem contrária em letra ou espírito à palavra falada por Hitler era, por definição, ilegal (ARENDDT, 1989, p.165).

O complexo na argumentação de Eichmann está em que ele não se pautou somente nas ordens de Hitler (o que caracterizaria, em tese, uma estrita obediência hierárquica), senão que cumpria a lei e essa se confundia com a vontade do Führer. A própria Hannah Arendt identifica que não pairava “uma bandeira negra” da ilegalidade (como algo proibido) sobre a cabeça de Eichmann. Para ele, todas as suas ações estavam respaldadas pela lei do Terceiro Reich. Eichmann era mais que um policial cumpridor de ordens; era um cidadão observador de leis. Não lhe importava se o direito positivo da Alemanha entre 1933 e 1945 era contrário às básicas noções do direito natural de preservação de qualquer vida, inclusive a dos judeus. Leis eram leis; não cabiam exceções. Assim como um soldado que não acata a ordens de seu comandante porque as compreende contrárias à lei, Eichmann também não cumpriu ordens de Himmler (de parar com a Solução Final) pois Hitler era a lei e, por isso, estava acima de Himmler.

Outras considerações de Hannah Arendt nos fazem compreender a consciência cívica, ainda que obtusa, de Eichmann:

Eichmann, muito menos inteligente e sem nenhuma formação, percebeu ao menos vagamente que não era uma ordem, mas a própria lei que os havia transformado a todos em criminosos. Uma ordem era diferente da palavra do Führer porque a validade desta última não era limitada no tempo e no espaço – a característica mais notável da primeira. Essa é também a verdadeira razão pela qual a ordem do Führer para a Solução Final foi seguida por uma tempestade de regulamentos e diretivas, todos elaborados por advogados peritos e conselheiros legais, não por simples administradores; essa ordem, ao contrário de ordens comuns, foi tratada como uma lei. Nem é preciso acrescentar que a parafernália legal resultante, longe de ser um mero sintoma do pedantismo ou empenho alemão, serviu muito eficientemente para dar à toda a coisa sua aparência de legalidade (ARENDR, 1989, p.167).

E, encerrando as considerações da filósofa judia, observemos suas reflexões acerca da banalização e indiferentismo ante o mal praticado pelos nazistas:

E assim, como a lei de países civilizados pressupõe que a voz da consciência de todo mundo dita "Não matarás", mesmo que os desejos e inclinações do homem natural sejam as vezes assassinos, assim a lei da terra de Hitler ditava à consciência de todos: "Matarás", ainda que os organizadores dos massacres soubessem muito bem que o assassinato era contra os desejos e inclinações normais da maioria das pessoas. No Terceiro Reich, o Mal perdera a qualidade pela qual a maior parte das pessoas o reconhecem – a qualidade da tentação. Muitos alemães e muitos nazistas, provavelmente a maioria absoluta deles, deve ter sido tentada a não matar, a não roubar, a não deixar seus vizinhos partirem para a destruição (pois eles sabiam que os judeus estavam sendo transportados para a destruição, é claro, ainda que muitos possam não ter sabido dos detalhes terríveis), e a não se tornarem cúmplices de todos esses crimes, tirando proveito deles. Porém, Deus sabe como eles tinham aprendido a resistir à tentação (ARENDR, 1989, p. 167).

Terminado o relato da tese da defesa, passemos à sentença condenatória e por que não foi a vencedora.

4 A SENTENÇA DE JERUSALÉM

Apesar de arguir sua inocência ante a estrita obediência ao ordenamento legal do Reich, Eichmann foi acusado de haver atuado com consciência e vontade livres, conhecedor do mal que praticava aos judeus e até mesmo sem obedecer às ordens de seus superiores imediatos, como quando Himmler determinou que cessassem os procedimentos para a Solução Final da causa judaica. Portanto, ao

confrontar seu dever ante a lei com aquele de proteger a vida, a integridade e a dignidade de todos os prisioneiros sob sua tutela, ele não teve dúvidas em sobre-estimar o primeiro.

Segundo Daniel Rafecas, a conduta reprovável de Adolf Eichmann pode ser estudada dentro da denominada autoria mediata pelo emprego de um aparato de poder organizado:

O tema em questão irrompeu na cena da dogmática penal alemã em 1963, graças a um trabalho de Claus Roxin, a partir dos fundamentos da sentença condenatória aplicada em fins de 1961 contra o criminoso nazista Adolf Eichmann, na cidade de Jerusalém (RAFECAS, 2015, p. 206).

No magistério de Rafecas, essa questão não apresentava antecedentes e cuidava de investigar como deveriam responder os mandantes das atrocidades perpetradas contra os judeus; pessoas que não mancharam suas mãos com o sangue de inocentes, mas que foram essenciais para o delito. Havia uma cadeia, como uma pirâmide, onde no ápice se encontravam os detentores do poder, os mandantes; ao passo que na base estavam os executores. Se os subalternos eram os que de fato executavam os crimes, a ausência deles não impediria a continuidade delitiva, pois que os chefes nazistas haviam sempre de ter alguém para fazer cumprir as ordens de torturar e eliminar a todos os indesejáveis do regime. Essa estrutura delitiva se denomina "criminalidade estatal". E aqui não há que falar em erro de tipo ou de proibição do executor, que atua movido por uma cadeia de comando. O autor mediato sabe que, ao acionar o dispositivo, alguém – conhecido ou não – irá cumprir a ordem. Se um executor se nega a fazê-lo, outro o fará em seu lugar, pois que há uma fungibilidade intrínseca na cadeia hierárquica. Não se pode dizer que a autoridade atuou com engano ou coação, senão que somente determinou algo e um subalterno deveria cumpri-lo.

Segundo Roxin, citado por Rafecas (2015, p. 207), quando agentes públicos cometem delitos – baseados em ordens do Estado – os mandantes serão autores mediatos, pois que deram o comando, exercendo controle sobre a organização hierárquica e, por isso, apresentam mais responsabilidades que os executores diretos. Ou seja:

[...] tratando-se de uma organização criminal desta envergadura, a realização do delito de modo algum depende dos executores singulares. Eles somente ocupam uma posição subordinada no aparato de poder, são intercambiáveis, e não podem impedir que o homem de trás, o "autor de escritório", alcance o resultado, já que é este quem conserva em todo momento a decisão acerca da consumação dos delitos planejados.

Como sustenta o jurista de Munique, se, por exemplo, algum agente se nega a executar uma detenção ilegal, isto não implica o fracasso do delito (há aqui uma primeira distinção com a instigação). Imediatamente, outro ocuparia seu lugar e realizaria o ato criminal, sem que desta incidência chegue a ter conhecimento o homem de trás, que de todas formas ignora quem é o executor individual. O homem de trás, pois, controla o resultado típico através do aparato, sem levar em consideração a pessoa que, como executor, entra em cena mais ou menos casualmente. O homem de escritório tem o "domínio" propriamente dito e, portanto, é autor mediato (RAFECAS, 2015, p. 208).

Estamos ante uma terceira modalidade de autoria mediata que difere do erro e da coação. A pedra basal deste tipo de autoria mediata está apoiada na fungibilidade dos executores (dentro de um aparato organizado de poder), que são pessoas anônimas e substituíveis. Em palavras de Claus Roxin (RAFECAS, 2015, p. 208): eles são "engrenagens cambiáveis na máquina do poder".

Por essas lições, já nos seria possível fazer a seguinte pergunta: Na cadeia hierárquica nazista, Adolf Eichmann seria mandante ou executor? Posto que chegou a um alto grau de oficial (tenente-coronel), como dizer que não partiam dele as ordens de transporte e execução? O que dissemos no tópico anterior, ao cuidar dos argumentos da defesa, foi que Eichmann nutria uma admiração incontrolável por Hitler, mas se justificava ante a corte que lhe julgava, alegando que cumprira cegamente a todas as leis do Reich. Porém, vimos também que, quando ordenado por Himmler a cessar as crueldades contra os judeus – mesmo depois de desativado o campo de Auschwitz – Eichmann pôs em marcha um grupo de judeus, os fazendo caminhar desde a Hungria até a Áustria (210 quilômetros), o que demonstrava sua aversão àqueles prisioneiros.

Óbvio que Hitler como Führer, Himmler como comandante da SS ou Höss como comandante de Auschwitz-Birkenau poderiam a qualquer momento substituir Eichmann em suas funções no serviço de transporte de presos para os guetos e campos de concentração nazistas. Sob este ponto de vista, Eichmann seria um servidor fungível e, portanto, um mero executor de ordens. Entretanto, quando Hitler já não tinha mais controle sobre o leste europeu, e quando Himmler fechou

Auschwitz-Birkenau e determinou que se tratasse bem aos judeus, a quem Eichmann obedeceu senão que somente à sua consciência e a seus desejos mais bizarros? Dessa forma, não seria absurda a alegação de que, de alguma forma, Eichmann detinha liberdade suficiente para atuar, independente da cadeia hierárquica à qual estava subordinado. Não era um mero cúmplice, tampouco um burocrata do regime, como tentou convencer aos três juízes em Jerusalém. Também não estava sob estado de erro ou coação. Assim que não se pode alegar em seu favor a estrita obediência hierárquica superior.

Por outro lado, sustentou sua irrestrita observância às leis do Reich. Aqui nos cabe outros questionamentos: Alguém pode alegar obediência cega a um ordenamento legal que viola flagrantemente os mais fundamentais direitos humanos? E também: a existência de um autor mediato no aparato estatal organizado elimina qualquer responsabilidade do executor? Para responder à primeira pergunta, citamos o magistério de Daniel Rafecas:

[...] é importante deixar assentado que, conforme a doutrina especializada nesta questão, da estrutura organizativa de todo aparato de poder se depreende que este só pode dar-se ali quando funcione como uma totalidade fora da ordem jurídica, dado que, se se mantém dentro do Estado de Direito com todas as suas garantias, a ordem de executar ações puníveis não serve para fundamentar o domínio nem a vontade do poder do inspirador – pois em tal contexto deve esperar-se que ditas ordens criminais não sejam obedecidas pela regra geral (RAFECAS, 2015, p. 209).

Então, se Eichmann tivesse atuado dentro de um Estado regular de direito, não poderia dizer que o fazia para obedecer a ordens superiores e legais. Porém, a Alemanha nazista era um Estado Totalitário. De fato, já dissemos que Eichmann sabia que o que fazia era contra os mais basilares direitos humanos (pois atendeu a pedidos particulares em favor de judeus), mas não cessou com as deportações, prisões e extermínios enquanto lhe foi possível. No mesmo momento histórico, outros alemães diziam não – expressa ou tacitamente – aos desvarios dos governantes. Por todo esse embate de argumentos, ainda que a ditadura fosse clara, nos parece bastante plausível que Eichmann poderia ter se negado a persistir com a solução final.

A resposta ao segundo questionamento também a encontramos nas lições de Rafecas:

Por último, deve pôr-se de ressaltar que a aplicação desta teoria em nada remove o enquadramento, como autor direto, do executor: "Dado que a autoria imediata do executor e a mediata do sujeito de trás se baseiam em requisitos ou condições distintas – uma no caráter de mão própria de sua atuação, a outra no controle ou manejo do aparato –, podem lógica e teleologicamente coexistir perfeitamente" (RAFECAS, 2015, p. 209).

Portanto, se Eichmann era de fato um fiel servo da lei – e esta se confundia com a pessoa de Hitler –, nem por isso ele deixava de ser o autor mediato dos crimes de lesa humanidade.

Se classificarmos o comportamento de Eichmann como estrito cumprimento do dever legal, como ele sustentou em sua defesa, teremos de investigar os elementos objetivos e subjetivos que compõem essa modalidade de causa de justificação. Objetivamente falando, parece que ele atendia às exigências, pois que se apresentava como um alemão que obedecia às ordens legais, mesmo que inumanas. E, sendo ele um membro da SS, sob juramento de fidelidade ao Führer, não se esperava nada diferente de suas condutas. Porém, subjetivamente, se pode dizer que Eichmann só desejava cumprir as leis ou poderia ter desejos íntimos de exterminar os judeus, já que provamos no primeiro tópico que essa era uma identidade cultural dos muitos europeus, sobretudo dos povos germânicos? Não se esqueça que Hannah Arendt (2013, p. 165) menciona que, depois de cessarem as atividades de transporte e extermínio de judeus, Eichmann foi enviado para cuidar da luta contra as igrejas e que não teve habilidade para tanto. Nos parece que eliminar judeus era um passatempo para Eichmann; não uma mera obrigação.

Ao tratar de antijuridicidade, Rogério Greco menciona o estrito cumprimento do dever legal como causa de justificação disposta no Direito Penal brasileiro. Contudo, citando a Zaffaroni e Pierangeli, recorda a questão da tipicidade conglobante e seus efeitos sobre a citada modalidade de justificação. No tópico 9.2 de seu livro, Rogério Greco analisa o estrito cumprimento do dever legal como causa de exclusão da ilicitude ante a tipicidade conglobante. Para ele:

Com a tipicidade conglobante se quer encurtar o estudo do crime, resolvendo, em algumas hipóteses, problemas que seriam analisados fora do estudo do tipo. Isso se dá, por exemplo, nos casos em que o agente atua amparado pelo estrito cumprimento do dever legal (GRECO, 2007, p. 273).

Assim, para os que tentam defender a suposta “consciência normativa” de Eichmann, suas condutas poderiam mesmo ser atípicas, pois que não haveria a tipicidade conglobante junto à tipicidade formal. As normas ordinárias se chocavam com as excepcionais na consciência do réu.

E, para encerrar a análise da antijuridicidade, trazemos a opinião de Carlos Creus:

Tenhamos presente que para não poucos tratadistas a obediência devida é um caso de justificação. Claro que quando a ordem é legítima, nenhuma dúvida cabe de que se trata de um atuar justificado do executor, mas porque ele leva a cabo uma ação em si justificada; todavia, o problema se coloca a propósito da juridicidade da execução da ordem ilegítima. Para considerar justificante a obediência devida se pensou em uma presunção de juridicidade da ordem dada dentro dos limites da competência do superior, ou considerando que se dá quando por erro o superior emitiu a ordem crendo que funcionavam as condições jurídicas que a dotavam de legitimidade etc. Sem dúvida, prima na doutrina contemporânea o critério de que não se trata de uma justificante, senão de uma situação de inculpabilidade, ainda que as razões para seguir esse critério não sejam uniformes (CREUS, 2017, p. 313).

Como é possível depreender de tudo o que dissemos neste tópico, a teoria do delito demonstra a fragilidade da argumentação a favor de Adolf Eichmann. Assim que, completadas as sessões da corte de Jerusalém, os três juízes condenaram o réu ao castigo capital e ele foi enforcado há 1º de junho de 1962.

Seu advogado (Dr. Servatius) apelou da sentença, alegando ilegalidade da jurisdição e das leis que condenaram a Eichmann, mas o Supremo Tribunal de Israel rechaçou a apelação. Estamos de acordo que a regra internacional do locus delicti commissi não foi obedecida. Independentemente das crueldades perpetradas por Adolf Eichmann e os demais nazistas, não se pode jamais abandonar conquistas normativas que estabelecem a sede de uma jurisdição. E, obviamente, a forma como Israel sequestrou, processou, condenou e executou Eichmann não se deu pela via legal.

Como os julgamentos de Nuremberg foram levados a termo pelos Aliados, havendo muitos nazistas que saíram ilesos – como os que fugiram e viveram anônimos na América do Sul ou os que se suicidaram ou morreram antes da execução da pena – chegava ao fim o antigo desejo de ver algum dos responsáveis pela shoah condenado pelos próprios judeus.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho buscou – através de uma breve revisão bibliográfica – investigar o julgamento no caso Adolf Eichmann, seus antecedentes, sua defesa e a decisão da Corte de Jerusalém, baseando-se na análise da teoria do delito. Não havia qualquer pretensão de esgotar os fatos ou ampliar o campo de pesquisa para inserir comparações com outras tantas autorias mediatas para crimes contra a humanidade, como os atos militares e paramilitares da Guerra da Bósnia ou os massacres tribais de Ruanda por exemplo. Embora esses conflitos do século XX não tenham sido abordados em nossa pesquisa, entendemos importante deixar claro que poderiam ser investigados em outro trabalho, não sendo a proposta atual. A finalidade do artigo sempre foi a de proporcionar subsídios para novos estudos a partir dele, talvez de novas gerações que não conviveram com os frutos imediatos da segunda guerra mundial. Muito provavelmente Eichmann seja desconhecido de muitos alunos do Direito e a banalidade do mal atribuída a ele por Hannah Arendt possa inspirar novos artigos que trabalhem também a intolerância religiosa e fundamentalista de grupos como o Estado Islâmico e o Boko Haram. Muito em breve pretendemos escrever um artigo com tal comparação.

O julgamento de Eichmann teve início há 11 de abril de 1961. Ele foi acusado ante a Lei dos Colaboradores Nazistas (1950), sendo indiciado por quinze crimes, inclusive os de lesa humanidade contra os judeus e por associar-se a uma organização criminosa para eliminar pessoas indesejáveis ao regime. O julgamento foi presidido por três juízes israelenses: Moshe Landau, Benjamin Halevy e Yitzak Raveh. O promotor que acusou Eichmann foi Gideon Hausner, assistido por Gabriel Bach e por Yaakov Bar-Or. A defesa do réu estava sob a incumbência de Robert Servatius e Dieter Wechtenbruch, havendo também alguma participação do próprio Eichmann em determinados momentos.

Em suma, a promotoria buscou demonstrar um homem frio, conhecedor de tudo o que ocorria no território alemão ou sob sua ocupação. Para os acusadores, Eichmann conhecia bem os detalhes e sabia que estava praticando crimes de lesa humanidade, ainda que estivesse sob ordens de superiores e submetido a um regime totalitário instrumentalizado por um sistema normativo de exceção. Por isso, foi

pedido o castigo capital para o réu. Muitas testemunhas que foram vítimas de Eichmann e sobreviveram foram a Jerusalém para declarar e apontar o dedo para aquele que tirara tantas vidas, somente pela banalidade do mal como bem disse Hannah Arendt.

Por outro lado, a defesa embasou seus argumentos em que Eichmann atuou dentro de um sistema de normas onde a lei era o próprio Hitler. Tudo o que o réu havia realizado, ele o fez atendendo a ordens superiores, sobretudo a determinações legais de uma época e um lugar. Um cidadão deve estar atento às ordens que deve cumprir e assim Eichmann atuou, como todo bom alemão deveria fazê-lo. Por isso, seria possível defender que Eichmann teria agido sob o estrito cumprimento do dever legal. Mas também não se pode esquecer que as atrocidades nazistas foram crimes de lesa humanidade, perfeitamente perceptíveis por qualquer pessoa com inteligência mediana, inclusive por um integrante da SS. Nem erro, nem coação, nem justificção foram capazes de legitimar a conduta de Eichmann.

Nada que disse a defesa foi capaz de convencer aos três juízes da corte israelense, os quais condenaram Adolf Eichmann à pena de morte. E, mesmo que se alegue a autoria mediata da cúpula do partido nacional-socialista alemã (os membros do governo de Hitler), de fato Eichmann manchou suas mãos com o sangue hebreu. Ele foi o executor imediato dos crimes, a engrenagem que fez mover a máquina de destruição nazista.

Ainda quando teve a oportunidade, Eichmann não cessou suas atividades delitivas. Por isso, nenhuma de suas palavras convenceu os juízes e o destino do nazista foi à força.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Hélio Cardozo de. **A relação judaico-cristã: nas origens e hoje.** Rio de Janeiro: Lumen Christi, 2004.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.** Tradução Samuel Titan Jr. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo.** Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARENDR, Hannah. **Eichmann em Jerusalém, um relato sobre a banalidade do mal.** Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

CREUS, Carlos. **Derecho Penal. Parte General.** 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 2017.

FORTES, José. **A justiça e a lei na Alemanha nazista.** In: FORTES, José et al. meionorte.com: blogs. [S.l.], 24 jun. 2009. Disponível em: <http://www.meionorte.com/blogs/josefortes/a-justica-e-a-lei-na-alemanha-nazista-89384>. Acesso em: 06 fev. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GOES, Marcos Paulo. **“Os Protocolos dos Sábios de Sião”: a fraude criada na Rússia e usada por Hitler e pela esquerda.** 2015. Disponível em: <http://www.libertar.in/2015/04/os-protocolos-dos-sabios-de-siao-fraude.html>. Acesso em: 05 fev. 2018.

RAFECAS, Daniel Eduardo. **Aportes para un cambio cultural a partir de Auschwitz: ensayos sobre derecho, historia y educación.** Buenos Aires. Biblioteca Nuestra Memoria, 2013.

RAFECAS, Daniel Eduardo. **El Crimen de tortura: en el Estado autoritario y en el Estado de derecho.** Buenos Aires: DIDOT, 2015.

RAFECAS, Daniel Eduardo. **Historia de la Solución Final: una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

RICHARD, Lionel. **A República de Weimar.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

A ORDEM METACONSTITUCIONAL DE DIREITOS HUMANOS E SEUS DESAFIOS NO MUNDO GLOBALIZADO

THE METACONSTITUTIONAL ORDER OF HUMAN RIGHTS AND THEIR CHALLENGES IN THE GLOBALIZED WORLD

Guilherme Sandoval Góes*

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar as perspectivas de implantação de uma ordem metaconstitucional de direitos humanos, na qual o regime jurídico de proteção dos direitos fundamentais transcende as fronteiras do estado soberano. Para tanto, é necessário investigar os impactos do fenômeno da globalização neodarwinista que se projetam sobre a formação de uma ordem universal kantiana de direitos cosmopolitas. É nesse sentido que o presente trabalho pretende demonstrar que a proteção dos direitos humanos no mundo globalizado caminha entre duas grandes perspectivas autoexcludentes, quais sejam, de um lado, o projeto epistemológico neoliberal da ordem unipolar americana e, do outro, o projeto epistemológico metaconstitucional da ordem mundial multipolar. Em consequência, é importante examinar os desafios que o mundo globalizado apresenta à formação de uma ordem metaconstitucional de direitos humanos inspirada na força normativa do direito cosmopolítico kantiano de curso universal.

Palavras-chave: Estado Universal de Direito. *Pax Americana*. Metaconstitucionalismo.

Abstract: The present work aims to analyze the prospects for the implementation of a metaconstitutional order of human rights, in which the legal regime for the protection of fundamental rights transcends the borders of the sovereign state. To do so, it is necessary to investigate the impacts of the phenomenon of neo-Darwinian globalization that are projected on the formation of a Kantian universal order of cosmopolitan rights. It is in this sense that the present work intends to demonstrate that the protection of human rights in the globalized world walks between two great perspectives that are mutually exclusive, namely, on the one hand, the neoliberal epistemological project of the American unipolar order and, on the other, the metaconstitutional epistemological project of multipolar world order. As a consequence, it is important to examine the challenges that the globalized world presents to the formation of a metaconstitutional order of human rights inspired by the normative force of Kantian cosmopolitan law of universal course.

Keywords: Universal Rule of Law. *Pax Americana*. Metaconstitucionalism.

*Pesquisador do Programa Produtividade da UNESA. Pós-Doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor Emérito da ECEME. Membro do PPGCA da UNIFA e PPGSID da ESG. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, UNESA e UCAM. Diplomado pelo Naval War College dos Estados Unidos da América (Newport, Rhode Island). Chefe da Divisão de Geopolítica e Relações Internacionais da ESG.

1 INTRODUÇÃO TEMÁTICA

Em tempos de constitucionalismo pós-moderno, um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito é deslocar para a centralidade da teoria dos direitos fundamentais o regime jurídico de proteção internacional dos direitos humanos, dentro de uma perspectiva metaconstitucional (máxime com a consolidação dos tratados internacionais sobre direitos humanos).

Com efeito, a evolução da ciência jurídica perpassa necessariamente pelo aperfeiçoamento da proteção universal de direitos humanos, que deve se mover na direção de um marco legal mais sofisticado e que seja coerente - a um só tempo - com a normatividade internacional e o sentimento constitucional de justiça. É nesse sentido que o presente trabalho, desenvolvido dentro do programa produtividade da Universidade Estácio de Sá, cujo tema era "Diálogos epistemológicos entre o Controle de Convencionalidade e o Controle de Constitucionalidade: desafios do Estado Neoconstitucional de Direito", tem a pretensão de examinar o fenômeno da globalização e seus impactos sobre o sistema de proteção dos direitos humanos.

Tal abordagem tem como eixo o exame do encontro epistemológico entre a globalização neodarwinista¹, a geopolítica mundial e o direito constitucional, dentro de uma simbiose capaz de viabilizar a formação de uma ordem metaconstitucional dos direitos humanos. Ou seja, colima-se examinar o mundo pós-guerra Fria e seus impactos na ordem constitucional dos Estados subdesenvolvidos de modernidade tardia, com desiderato de encontrar um paradigma jurídico de universalização de direitos.

De fato, um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito do assim chamado Sul Global é a concepção de arquétipos constitucionais autóctones capazes de romper com o ciclo do empobrecimento estatal, garantindo dessarte vida digna para todos os seus cidadãos².

¹ A complexa mundialidade pós-Guerra Fria traz no seu imo a globalização neoliberal de neutralização axiológica da Constituição-Dirigente em prol de uma competição internacional neodarwinista acirrada entre centros mundiais de poder (EUA, China, União Europeia e Japão) e cuja materialização somente é possível com a mitigação ou até mesmo desconstrução total do Estado Democrático Social de Direito (Welfare State) no âmbito dos países de modernidade tardia (nações subdesenvolvidas da periferia do sistema internacional).

² Com efeito, o fim da Guerra Fria, em 1989, trouxe efeitos nocivos em relação às nações da África, América Central e Latina e a maior parte da Ásia, que são coletivamente conhecidas como o **Sul**

Como se verá ao longo do presente artigo, a imposição de uma ordem metaconstitucional de direitos humanos na era globalizada somente ganhará concretude com a superação do paradigma tradicional do mundo unipolar neoliberal, de pax americana, controlado pelos países capitalistas desenvolvidos.

É nesse diapasão que se pode afirmar que o regime jurídico de proteção dos direitos humanos caminha entre duas grandes perspectivas que se contrapõem entre si, quais sejam, de um lado, o projeto globalizante do Estado Neoliberal de Direito e, do outro, o projeto cosmopolita do Metaconstitucionalismo do Estado Universal de Direito. Com tal tipo de intelecção em mente, será possível compreender as imbricações benéficas e nocivas entre a geopolítica hegemônica de poder da *Pax Americana* e o Estado Neoliberal de Direito, bem como a conexão entre a geopolítica multipolar de poder e o Estado Metaconstitucional de Direito.

A ideia de *Pax Americana*, como bem destaca Vicente de Paulo Barreto, é associada ao termo "globalização", *in verbis*:

1.1 O termo "globalização" foi, também, associado a um projeto sociopolítico, a Pax Americana, que após a queda do Muro de Berlim, foi considerado como hegemônico. O projeto, tanto para alguns teóricos, como na prática das relações financeiras, passou a ser considerado como qualitativamente superior aos demais modelos de regimes políticos, econômicos e sociais, encontrados nas diferentes nações do planeta. (BARRETO, 2010, p. 215-216)

Nesse sentido, observe, com atenção, que a visão de *Pax Americana* projeta a um só tempo, a imagem de declínio do "welfarismo constitucional", da desconstrução de direitos sociais e da vitória retumbante da democracia liberal. Com isso, o sistema jurídico-constitucional neoliberal passa a ser instrumentalizado pela redução jurídica do Estado, elemento central da desregulamentação normativa necessária à expansão do livre mercado mundial, bem como da relativização do conceito de soberania nacional.³

Global. Infelizmente, a situação desses países subdesenvolvidos do Sul Global projeta um quadro paradoxal que pode tanto gerar desenvolvimento econômico e social quanto agravar ainda mais a pobreza, a degradação ambiental, a fome e a violação dos direitos humanos do **Sul Global**, ao contrário do **Centro Global**, formado pelos países ricos que controlam o processo de tomada de decisões do sistema internacional.

³ Nos últimos tempos, a discussão em torno dessas relações se há intensificado, especialmente a partir da tentativa de reconfiguração neoliberal do Estado, cuja proposta metodológico-científica

Trata-se de um esforço de desconstrução do dirigismo constitucional, com o desiderato de retomar o **arquétipo constitucional pré-weimariano** de cunho absenteísta e individualista. Realmente, com o fim da Guerra Fria, surge a tendência de adoção desse modelo pré-weimariano, vale explicitar, o modelo liberal que existia antes da Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, símbolo da democracia welfarista.⁴

Com rigor, o que se quer aqui demonstrar é que a queda do muro de Berlim, em 1989, simboliza o ponto de inflexão da efetividade dos direitos sociais, na medida em que a ordem liberal estabelece o arquétipo constitucional pré-weimariano, que se ocupa tão somente com a revalorização da primeira dimensão de direitos fundamentais, cuja natureza é predominantemente negativo-defensiva (direitos civis e políticos).

E mais: é objetivo do presente artigo mostrar que são as linhas mestras do projeto neoliberal atreladas ao paradigma unipolar de *pax americana* que agravam a efetividade dos direitos sociais fundamentais nos países de modernidade tardia do Sul Global, o que evidentemente também implica na mitigação do projeto epistemológico metaconstitucional de inspiração kantiana. Ou seja, em oposição ao direito cosmopolita de índole idealista preconizado por Kant, surge a *pax americana*, projeto neoliberal da única superpotência remanescente da Guerra Fria, cuja linha dominante propõe a abertura mundial do comércio a partir de marco jurídico liberalizante em escala planetária.⁵

Enfim, com tal tipo de intelecção em mente, pretende-se demonstrar que o estado da arte do regime jurídico de proteção dos direitos humanos se encontra em

restaura o modelo de estatalidade mínima com o objetivo de desregulamentar relações jurídicas privadas, relativizando o conceito de soberania.

⁴ Isto significa dizer, por outras palavras, que o fim da Guerra Fria foi seguido pelo fim da competição entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo welfarista, sendo certo afirmar que o perfil constitucional que se impôs em escala planetária não foi o do projeto epistemológico metaconstitucional, baseado no Estado Universal de Direito, mas, sim, o projeto epistemológico neoliberal, baseado no Estado Mínimo Absenteísta. Portanto, o resultado desse projeto de poder unilateral e neoliberal não poderia ser outro senão a criação de uma ordem civilizatória distorcida que enfraquece as tendências de proteção internacional dos direitos humanos.

⁵ Em outras palavras, os grandes desafios da concretização de um verdadeiro Estado Universal de Direito, garantidor de direitos universais cosmopolitas de inspiração kantiana, concentram-se no projeto neoliberal que patrocina a redução jurídica do Estado em prol da competitividade e liberdade de negociar. Não se trata, aqui, de negar o conceito de soberania do Estado nacional, matéria amplamente debatida até mesmo pelo positivismo jurídico, mas, sim, a falta de um caminho científico que leve à proteção metaconstitucional dos direitos humanos a partir da jurisdição constitucional.

transição entre o constitucionalismo garantista do Estado Neoliberal de Direito e o constitucionalismo cosmopolita do Estado Metaconstitucional de Direito, perpassando ao mesmo tempo pela transição da ordem unipolar de *pax americana* para a ordem mundial multipolar.

É por isso que, antes de examinar a formação da ordem metaconstitucional como último estágio do regime de proteção dos direitos humanos na era pós-moderna, é necessário, antes, investigar a ordem neoliberal da *pax americana*.

2 ESTADO NEOLIBERAL DE DIREITO E *PAX AMERICANA* (MUNDO AMERICANO)

O cenário jurídico-constitucional que circunscreve o Estado pós-Guerra Fria ainda se encontra, indubitavelmente, em construção, mas, no entanto, já apresenta imbricações complexas de um mundo globalizado que, a um só tempo, é:

- a) Geopoliticamente pós-bipolar;⁶
- b) Filosoficamente pós-moderno;
- c) Juridicamente pós-positivista;
- d) Midiaticamente pós-verdadeiro;
- e) Soberanamente pós-nacional;
- f) Estadisticamente pós-welfarista.

De fato, vive-se a era da pós-bipolaridade geopolítica (colapso da União Soviética e fim da Guerra Fria), da era da pós-modernidade filosófica (fim dos ciclos liberal e social), da era do pós-positivismo jurídico (superção da aplicação positivista mecânica da lei), da era da pós-verdade (notícias criadas - *fake news* - suplantam as notícias verdadeiras), da era do Estado pós-nacional (relativização do conceito de soberania absoluta a partir do processo de globalização da economia) e da era da estatalidade pós-welfarista (crise do Estado Social ou *Welfare State*).

É nesse diapasão que destaca Luís Roberto Barroso (2003):

Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre a luz e sombra, descortina-se a *pós-modernidade*. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana. (BARROSO, 2003, p. 2)

⁶ Mundo pós-bipolar significa o mundo do tempo presente, que surgiu com o fim da Guerra Fria e da bipolaridade geopolítica entre os EUA e a ex-URSS, daí a designação de mundo pós-bipolar.

De tudo se vê, por conseguinte, a incrível velocidade da era pós-moderna que, em menos de duas décadas, já produziu três grandes momentos de ruptura paradigmática da História da Humanidade, a saber: a queda do muro de Berlim (1989), a queda das Torres Gêmeas (2001) e a crise financeira mundial (2008).

Tais eventos têm desdobramentos disruptivos para a ciência política e para o direito constitucional, na medida em que trazem no seu âmago as ideias de globalização da economia, abertura mundial do comércio, engenharia constitucional pré-weimariana, era de desregulamentação/descodificação, neutralização axiológica do dirigismo welfarista, relativização do conceito de soberania, redução jurídica do Estado, constitucionalismo garantista/absenteísta etc.

Com isso queremos dizer que o neoliberalismo de *pax americana* será o contraponto do metaconstitucionalismo da ordem mundial multipolar. Com a devida agudeza de espírito, o leitor haverá de captar o significado desse encontro epistemológico entre a mundialidade pós-moderna e seus desdobramentos no campo do direito constitucional, seja pela tentativa de neutralização axiológica da Constituição-Dirigente imposta pela vitória da democracia liberal e do capitalismo financeiro, seja pela tentativa de desregulamentação jurídico-constitucional capitaneada pela abertura mundial do comércio e pela relativização do conceito de soberania nacional. Como bem destacam Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2010):

A globalização neoliberal já nasce autoritária, pois sua gênese explicita uma reação progressiva face aos efeitos da luta de classes desde a década de quarenta. (...) A tese da presença do Estado nas questões sociais (saúde, ensino, trabalho, etc.) é flagrante ruptura com o liberalismo clássico, contra o qual já se insurgira Keynes. (...) O que preocupava aquele que pode ser considerado o fundador do neoliberalismo, Friedrich Hayek, era exatamente o avanço das lutas políticas sindicais e os compromissos advindos do *Welfare State* com as classes trabalhadoras. (...) A ideia de privatização, carro chefe das políticas neoliberais, objetiva a redução do déficit fiscal, aplicando para tal o receituário do Consenso de Washington. Os cortes incidem sobre gastos sociais, seguidos de compulsiva venda de patrimônio público a preços desvalorizados. (STRECK; MORAIS 2010, p. 152-153)

Eis aqui o ponto nevrálgico da complexa mundialidade pós-moderna, que traz no seu imo a globalização neoliberal de neutralização axiológica da Constituição-Dirigente em prol de uma competição internacional neodarwinista acirrada entre

centros mundiais de poder (EUA, China, União Europeia e Japão) e cuja materialização somente é possível com a mitigação ou até mesmo desconstrução total do Estado Democrático Social de Direito (*welfare state*) no âmbito dos países de modernidade tardia (nações subdesenvolvidas da periferia do sistema internacional).

Realmente, é indispensável captar o verdadeiro papel do Estado no mundo globalizado, mormente na periferia do sistema mundial do Sul Global, na qual os interesses estratégicos das grandes potências mundiais do Centro Global impõem mudanças na Constituição e nos marcos regulatórios da economia nacional.⁷

Isso deixa claro que o jogo geopolítico de poder mundial do Centro Global se projeta sobre as ordens internas do Sul Global, notadamente, dos países de modernidade tardia, o que logicamente obriga o estudioso dos direitos humanos a examinar as interferências jurídico-constitucionais advindas do projeto epistemológico neoliberal, implantado após a queda do Muro de Berlim e cujo foco passou a ser a redução jurídica do Estado e a desregulamentação do comércio global. Nesse sentido, Paulo Bonavides, com precisão acadêmica, mostra que:

O fato novo e surpreendente do modelo de globalização em curso é que ele não opera nas relações internacionais com valores e princípios; sua ideologia, aparentemente, é não ter ideologia, posto que esteja a mesma subjacente, oculta e invisível no monstruoso fenômeno de poder e subjugação, que é a maneira como a sociedade fechada e incógnita das minorias privilegiadas, dos concentradores de capitais, faz a guerra de escravização, **conquistando mercados, sem disparar um só tiro de canhão e sem espargir uma única gota de sangue**. Desferem, simplesmente, a pretexto de reformar, modernizar e globalizar a economia, os sinistros golpes de Estado institucionais, tendo para tanto por instrumentos e executores os governos títeres da "ditadura constitucional" de que ora estamos sendo vítimas neste País. (BONAVIDES, 2009, p. 6-7, grifo nosso).

Assim, é imperioso vislumbrar a globalização, tanto sob seu aspecto positivo de integração cultural de todos os povos da Terra, como, também, sob seu aspecto negativo de imposição do projeto epistemológico neoliberal, cujo símbolo máximo é a ideia de pensamento único do fim da História de Francis Fukuyama (FUKUYAMA, 1998). De fato, essa ideia-força de fim da História projeta a imagem de uma nova mundialidade sem guerras e de cooperação internacional benéfica para toda a

⁷ Observe, com atenção, que, muitas vezes, nem mesmo países, como o Brasil, situado entre as dez maiores economias do planeta, com latitude geopolítica de contribuir para a consolidação de uma ordem geopolítica multipolar, conseguem perceber ou enfrentar tais imposições externas.

humanidade. Em essência, o fim da História de Fukuyama quer simbolizar a vitória do capitalismo e a repotencialização da doxa liberal.⁸

No plano da teoria constitucional, o movimento neoliberal apresenta forte crítica às concepções hermenêuticas de proteção de trabalhadores, que retiram a competitividade dos Estados nacionais no mercado internacional. Foi com tal tipo de retórica que a elite dominante da periferia do sistema mundial foi facilmente seduzida pelo projeto do capitalismo democrático neoliberal. Infelizmente, como bem destacou Bonavides, operou-se a guerra de escravização dos países subdesenvolvidos pela conquista de mercados sem disparar um só tiro de canhão e sem espargir uma única gota de sangue. Isso não é preciso, pois, não há nenhum tipo de reação. É o próprio Congresso Nacional que se encarregará de legislar em defesa dos interesses estratégicos dos países desenvolvidos em detrimento dos interesses nacionais.

Nesse diapasão, é muito triste perceber que os Parlamentos dos Países de modernidade tardia deixam de representar democraticamente o povo, passando a atuar como meros reprodutores de normas jurídicas feitas fora dos limites soberanos do Estado e fazendo valer a visão de Norberto Bobbio (2004), quando afirma que o poder real já não é mais o Parlamento, porque se transformou em mera câmara de ressonância de decisões políticas tomadas fora do seu âmbito.⁹

Com efeito, é melancólico constatar que o projeto epistemológico neoliberal, sem nenhuma necessidade de fazer uso da força militar (*hard power*) e sem nenhum tipo de derramamento de sangue, revelou-se eficaz e eficiente na imposição da força normativa dos mercados e seu consectário mais insensível, qual seja: a neutralização axiológica da Constituição Dirigente, retirando-lhe a eficácia positiva ou social tão

⁸ Em consequência, o constitucionalismo da pós-modernidade (aqui sendo por enquanto interpretado como o Estado Neoliberal de Direito) caracteriza-se por ser um movimento político-hermenêutico de forte crítica ao dirigismo constitucional da era moderna. Com rigor, salienta a emergência de um novo paradigma constitucional, próximo do arquétipo liberal e afastado do welfarismo constitucional. Apresenta-se com incredibilidade em relação às propostas sociais universalizantes do dirigismo constitucional, como aquela que justifica a intervenção estatal para a proteção dos hipossuficientes. A questão da intervenção estatal no domínio privado é tida agora como um jogo retórico de promessas inexecutáveis que jamais atingirão a universalidade dos cidadãos.

⁹ Para Norberto Bobbio, o parlamento, na sociedade industrial avançada, não é mais o centro do poder real, mas apenas, frequentemente, uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar. (BOBBIO, 2004, p. 159).

arduamente conquistada, sob a justificativa de que se acentuava cada vez mais a crise do Estado Democrático Social de Direito.

E assim é que, sob as ruínas do Estado do Bem-Estar Social, já desponta um cenário tendencial voltado para uma nova realidade que Bolzan de Moraes nomina de “neocapitalismo”, vale defini-lo com as palavras do autor:

Um projeto vinculado ao viés econômico do liberalismo, onde, ao que se vê, há uma intenção não expressa de liberar o capital - e o capitalismo financeiro - das amarras que acabaram por se constituir através, entre outros, dos conteúdos liberais dos seus núcleos moral e político-jurídico. (BOLZAN, 2005, p. 17)

Portanto, com espeque na livre iniciativa e na autonomia da vontade como instrumentos realizadores da democracia e da liberdade política, o projeto neoliberal da *pax americana* procurou justificar eticamente a desconstrução dos direitos sociais e trabalhistas de segunda dimensão, tornando obsoleto o dirigismo constitucional, acusado de retrógrado e impróprio à competitividade internacional e à abertura mundial do comércio, exatamente num momento em que a globalização da economia exigia a desregulamentação dos mercados mundiais e a relativização do conceito de soberania.

No entanto, é neste contexto neoliberalizante de retomada do arquétipo constitucional pré-weimariano que se julga fundamental trazer de volta os direitos sociais fundamentais para a centralidade do constitucionalismo da pós-modernidade. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

Os direitos econômicos, sociais e culturais, na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada. (CANOTILHO, 2004, p. 98)

Enfim, independentemente da aceitação ou não do fim da Guerra Fria como marco do surgimento de um constitucionalismo da pós-modernidade, o fato é que a queda do muro de Berlim gerou grandes transformações jurídicas no Estado Contemporâneo. Em nenhum dos três grandes paradigmas estatais da modernidade (Estado Absoluto-Estado Liberal e Estado Social), viveu-se a perspectiva de um cenário internacional unipolar, tal qual a tão propalada *pax americana* dos dias de hoje.

O pensamento jurídico brasileiro não costuma investigar os elementos teóricos que informam essa perspectiva de unipolarismo geopolítico mundial e seus reflexos no campo jurídico-constitucional e, na sua esteira, no regime jurídico de proteção de direitos. Na doutrina pátria, um dos poucos autores que enfrentou o tema foi Daniel Sarmiento, valendo, pois, reproduzir sua visão:

O colapso do comunismo, simbolizado pela queda do muro de Berlim, eliminou uma das ideologias rivais que se defrontavam e disputavam espaço num mundo até então bipolar. Com o fracasso retumbante da experiência marxista-leninista e o advento da *Pax Americana*, o capitalismo ficou mais a vontade para impor, agora sem concessões, o seu modelo econômico e social, que constituiria, segundo alguns, o 'fim da história'. Como se o fiasco do socialismo pudesse ofuscar os problemas crônicos do capitalismo, em especial a sua tendência para promover a desigualdade e aprofundar a exclusão social. (SARMENTO, 2002, p. 399)

Com a devida vênia, acredita-se que o eminente jurista se equivoca quanto ao conceito de *pax americana* ao identificá-la com o fim da história de Francis Fukuyama e, portanto, com a ideia de triunfo do capitalismo sobre o socialismo. Com rigor, a ideia de *pax americana* é um conceito geopolítico muito mais amplo, cujo significado é a imposição de um cenário internacional unipolar com predominância cêntrica norte-americana em todos os campos do poder nacional (político, econômico, militar, cultural e científico-tecnológico).

Realmente, por ser a única superpotência ainda remanescente, acredita-se que estamos vivendo sob os auspícios dessa *Pax Americana*. No entanto, a nosso juízo, acreditamos que tal interpretação é errônea, na medida em que os EUA não têm capital geopolítico suficiente para impor um cenário internacional unipolar, vale dizer, um quadro mundial onde não haja reação política, econômica, militar, cultural e tecnológica por parte das demais nações do mundo. O estabelecimento da *Pax Americana* seria sinônimo da natural envergadura dos EUA para reger unilateralmente as relações internacionais, o que evidentemente não parece ser verdadeiro.¹⁰

¹⁰ Com a devida vênia, definitivamente, não se pode concordar com a ideia de que o Estado pós-moderno é uma nova concepção estatal regida pela supremacia absoluta de uma *Pax Americana*. Prefere-se optar pela construção acadêmica de que o Estado pós-moderno é, ao mesmo tempo, economicamente quadripolar (Estados Unidos, União Europeia, Japão e China), culturalmente multipolar (choque de civilizações huntingtoniano) e militarmente unipolar (supremacia norte-americana indiscutível).

Observe, com atenção, que, diante de todo esse quadro conjuntural, sofisticada-se a tarefa do jurista contemporâneo, uma vez que não lhe é mais facultado desconsiderar variáveis metajurídicas (notadamente geopolíticas) na complexa equação dogmática do direito contemporâneo. Seu campo de atuação transcende a esfera do jurídico e da letra da lei, para penetrar na esfera multidisciplinar circunscrita da força normativa da geopolítica mundial. Já não lhe é dado mais permanecer alheio aos fatos geopoliticamente relevantes no mundo globalizado.

Trata-se de conhecer a realidade do mundo dos fatos, abrindo-se o debate para a questão da influência recíproca entre direito e geopolítica. É indubitável, portanto, que novos conceitos, tais como geodireito, constitucionalismo estratégico e judicialização da geopolítica sejam incorporados na equação epistemológica do jurista hodierno.

A resposta constitucionalmente adequada só merecerá tal designação quando fruto de uma análise multidisciplinar, que se caracteriza pela decisão judicial tomada com apoio em avançadas teorias da geopolítica mundial. Com tal tipo de inteligência em mente, é possível buscar o aperfeiçoamento da proteção jurídica de direitos humanos, que deve se mover na direção de um marco legal mais sofisticado e que seja capaz de captar a conexão científica existente entre a geopolítica mundial e a proteção metaconstitucional de direitos humanos no âmbito de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Em consequência, urge conceber uma nova teoria metaconstitucional dos direitos humanos, que seja edificada, a um só tempo, tanto na ascensão normativa das normas internacionais e do controle de convencionalidade, quanto na superação da ordem unipolar de *pax americana*. Eis aqui a essência da ordem metaconstitucional de direitos humanos: superação do mundo americano de imposição hegemônica (*hard power*), que deve ceder seu lugar para uma nova mundialidade cosmopolita, calcada no equilíbrio multipolar do poder mundial (*soft power*).

Agora, a normatividade dos direitos humanos cosmopolitas não se atrela tão somente ao conteúdo da norma constitucional posta (legislador democrático nacional), mas, também, ao grau de aceitabilidade que a norma metaconstitucional (legislador dos sistemas universal e regionais de proteção) atinge no âmbito de

juízes e tribunais de direito interno. É por tudo isso que importa examinar a seguir a transição geopolítica da *pax americana* para uma ordem mundial multipolar, cujo perfil se coaduna mais facilmente com a ideia-força de uma ordem metaconstitucional de direitos humanos.

3 ESTADO METACONSTITUCIONAL DE DIREITO E ORDEM MUNDIAL MULTIPOLAR (MUNDO PÓS-AMERICANO)

A presente segmentação temática propõe uma nova leitura acerca do regime de proteção dos direitos humanos, decorrente de duas grandes perspectivas que se apresentam ao constitucionalismo da pós-modernidade, quais sejam, o Estado Neoliberal de Direito e o Estado Metaconstitucional de Direito.

Ou seja, a linha epistêmico-conceitual aqui proposta tem a finalidade de examinar a dicotomia que se apresenta ao Estado Neoconstitucional de Direito que navega entre dois mares distintos. De um lado, o Estado Neoliberal de Direito e a sua tentativa de neutralização axiológica da Constituição Dirigente Welfarista a partir da mitigação dos direitos sociais de segunda dimensão e, do outro, o Estado Metaconstitucional de Direito, cuja dinâmica é calcada no regime jurídico de proteção dos direitos humanos de curso universal.

Ora, tanto a proteção constitucional assegurada pelo Estado nacional soberano, quanto a proteção global prevista nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos, constituem o regime jurídico de tutela do cidadão cosmopolita. Colima-se, portanto, nessa segmentação temática, analisar a correspondência biunívoca existente entre o sistema jurídico de proteção dos direitos humanos e a ordem geopolítica mundial.

Ou seja, em termos simples, existe um vínculo que coloca o Estado Neoliberal de Direito e a proteção de direitos civis e políticos em contato com a ordem mundial unipolar de *pax americana* (mundo americano). Da mesma forma, existe um elo forte entre o Estado Metaconstitucional de Direito e a proteção de direitos cosmopolitas de curso universal e a ordem mundial multipolar (mundo pós-americano).

Com rigor, a doutrina pátria não costuma investigar tais linhas paralelas que colocam, lado a lado, a trajetória ascensional da ordem geopolítica mundial (ordem

bipolar, *pax americana* e ordem multipolar) e as fases de evolução dos direitos humanos (direitos pré-históricos, direitos constitucionalizados e direitos cosmopolitas).¹¹

Na linha do tempo, o constitucionalismo pós-moderno surge após 1989, onde se depara com a crise do “welfarismo constitucional”, a globalização da economia, o projeto hegemônico neoliberal e a neutralização axiológica da segunda dimensão de direitos fundamentais, aí incluída a proteção dos trabalhadores e hipossuficientes. Essa é a perspectiva de implantação do Estado Neoliberal de Direito, antítese do Estado Metaconstitucional de Direito.¹²

Como já amplamente examinado, o constitucionalismo da modernidade tem duas grandes vertentes, a saber: o constitucionalismo garantista do Estado Liberal de Direito e o constitucionalismo dirigente do Estado Democrático Social de Direito. Em ambas vertentes, o regime jurídico de proteção dos direitos fundamentais dá-se dentro das fronteiras do Estado nacional soberano.

Em termos simples, é certo afirmar que a fase de constitucionalização dos direitos fundamentais vivenciou dois grandes ciclos democráticos, a saber: o Estado Liberal de Direito e o Estado Democrático Social de Direito. Tais ciclos democráticos perfazem a modernidade dos direitos fundamentais.

Já o constitucionalismo da pós-modernidade está vinculado à fase metaconstitucional, modelo ainda em construção, mais que já projeta a proteção dos direitos humanos para além das fronteiras nacionais. Será o fim de um mundo geopoliticamente unipolar e, na sua esteira, o fim de um direito internacional hegemônico caracterizado pelo sistema yaltiano de poder que marcará o nascimento do constitucionalismo da pós-modernidade, aqui caracterizado como a busca da **constitucionalização transnacional dos direitos humanos**, ou seja, trata-se de

¹¹ Realmente, esta temática ainda não mereceu, no Brasil, um tratamento sistemático pela doutrina, o que evidentemente dificulta a análise da classificação das diferentes fases de evolução que marcam a proteção dos direitos humanos ao longo da História, desde a antiguidade clássica até os dias atuais. A ideia aqui é ir para além dessa proteção nacional dos direitos humanos (constitucionalismo democrático ocidental) com o objetivo de examinar a visão pós-moderna dos direitos humanos, operando-se a vinculação entre o Estado Metaconstitucional de Direito e a proteção transnacional dos direitos humanos (transconstitucionalismo do Estado pós-moderno).

¹² Portanto, para compreender o estado da arte do regime de proteção dos direitos humanos é necessário compreender toda a fase moderna de constitucionalização dos direitos fundamentais. Não se pode confundir o constitucionalismo da modernidade (fase de constitucionalização dos direitos fundamentais e suas etapas liberal e social) com o constitucionalismo da pós-modernidade (fase de metaconstitucionalização dos direitos humanos).

um projeto epistemológico de direito cosmopolítico que substitui os projetos do liberalismo e do socialismo.

Assim sendo, a fase de constitucionalização transnacional aspira consolidar um novo ciclo democrático, agora dito **democracia pós-moderna ou democracia cosmopolita**, cujo empuxo arquimediano é a implantação de uma Ordem Mundial Multipolar, calcada no equilíbrio geopolítico de poder, sem predominância cêntrica de nenhum Estado ou coligação de Estados.¹³

Com efeito, opera-se aqui revolução profunda no ideal de proteção de direitos, sobre o qual se assenta a ordem metaconstitucional de direitos humanos. Não se pretende, neste momento, tratar de todas as características do metaconstitucionalismo pós-moderno, mas, tão somente, destacar sua relevância para o estudo dos direitos humanos na contemporaneidade, uma vez que simboliza a supremacia de tais direitos sobre o próprio Estado, superando, pois, a ideia de impenetrabilidade kelseniana da ordem jurídica soberana nacional.

Para bem compreender tal transição, é preciso reconhecer que os direitos humanos são direitos históricos, que evoluem de acordo com as limitações e obrigações que são impostas ao Estado em prol da proteção do indivíduo perante esse mesmo Estado, ou seja, o reconhecimento de que a proteção dos direitos humanos é gradual e em constante mutação. Como bem mostra Bobbio na sua obra "A era dos direitos":

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 25)

Para o eminente autor, os filósofos são convocados a dar seu parecer sobre um fundamento dos direitos do homem que seja absoluto, irresistível, inquestionável, o que parece ser um problema mal formulado, pois:

¹³ No entanto, sem nenhum tipo de zotismo acadêmico, há que se reconhecer que o projeto epistemológico metaconstitucional kantiano encontra grande resistência advinda do seu principal opositor, qual seja, o projeto epistemológico neoliberal da *Pax Americana*. O ponto de inflexão entre a modernidade e a pós-modernidade é aqui vislumbrado como sendo a passagem de um mundo unipolar norte-americano para um mundo multipolar de equilíbrio geopolítico.

A liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos. (BOBBIO, 2004, p. 25)

Nesse sentido, perfeita a intelecção de Norberto Bobbio, demonstrando a trajetória de evolução dos regimes de proteção dos direitos humanos, desde a garantia da **liberdade religiosa** somente alcançada a partir da Paz de Vestfália de 1648 (formação do Estado absoluto), perpassando pelo respeito às **liberdades civis** resultantes da luta dos parlamentos contra soberanos absolutos (formação do Estado Liberal de Direito) até, finalmente, chegar-se às **liberdades sociais** resultantes do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres, dos hipossuficientes, contra o analfabetismo e da assistência para a invalidez, velhice e infância (Estado Democrático Social de Direito).

Observe, aqui, com atenção, a importância dessas fases de evolução do constitucionalismo da modernidade, cujo âmbito de incidência ainda se encontra dentro dos limites territoriais de um Estado nacional soberano.

Diferente é a estrutura do novo paradigma de metaconstitucionalização dos direitos humanos, que transcende as fronteiras nacionais. Eis aqui o ponto central do presente estudo: compreender que, a partir da metaconstitucionalização, opera-se a transformação mais radicalizante da concepção jurídica de proteção dos direitos humanos, qual seja a transposição do constitucionalismo democrático e a inauguração do transconstitucionalismo de inspiração kantiana.

O que agora importa é examinar a proteção supranacional dos direitos humanos, reduzindo o campo de atuação do Estado soberano, quer seja pela autolimitação dos Estados soberanos com relação às normas *jus cogens* de direito internacional, quer seja pela positivação de normas cosmopolitas que se sobrelevam sobre o próprio Estado.

A finalidade do paradigma democrático metaconstitucional é a garantia dos direitos humanos em escala planetária. Sua pretensão metodológica é a consecução

de normas cosmopolitas que vinculem por intermédio do respeito dos Estados soberanos aos direitos humanos. É nesta trilha que a fase metaconstitucional dos direitos humanos cosmopolitas surge em substituição à fase moderna de constitucionalização de direitos fundamentais de um determinado Estado nacional.

Ontem, a fase moderna de constitucionalização dos direitos fundamentais e seus dois grandes ciclos democráticos: Estado Liberal de Direito e Estado Democrático Social de Direito.¹⁴ Hoje, a fase pós-moderna, na qual se vive a esperança de implantação da fase metaconstitucional dos direitos humanos.

Como já amplamente dito, a ordem metaconstitucional de direitos humanos ainda se encontra em construção, sendo certo afirmar, entretanto, que representa o estado da arte na proteção dos direitos cosmopolitas, na medida em que projeta a ideia-força de um **Estado Universal de Direito** de inspiração kantiana, que não se submete às vontades nacionais soberanas. O indivíduo ganha proteção supranacional contra as violações do seu próprio Estado nacional.

Consequentemente, a metaconstitucionalização de direitos, ao constituir exigências do **Estado Universal de Direito**, permite a consolidação de um novo ciclo democrático, agora dito pós-moderno de cidadania cosmopolita. É importante compreender, com clareza, que o projeto epistemológico metaconstitucional, de viés kantiano, encontra no controle de convencionalidade um dos seus grandes pilares de sustentabilidade.

Certamente a proteção metaconstitucional de direitos é uma grande expectativa e perspectiva dogmática, notadamente pelo avanço que representa quando se considera os tratados internacionais já ratificados na História da humanidade, daí seu potencial no âmbito do projeto cosmopolita de constitucionalização transnacional dos direitos humanos. Com efeito, a proposta central da ordem metaconstitucional de direitos humanos, que se expressa do ponto de vista jurídico-hermenêutico pelos núcleos normativos representados pela garantia dos tratados internacionais de direitos humanos (notadamente a proteção à infância, à mulher, à velhice, à pessoa com deficiência etc.), é estabelecer um sistema ideal a ser instrumentalizado através da cidadania cosmopolita, que é complexa e de difícil

¹⁴ Tais ciclos democráticos perfazem a modernidade dos direitos fundamentais.

exequibilidade, pois pretende deslocar a proteção jurídica para o âmbito universal em detrimento da forma nacional soberana.

Busca-se, aqui, nesta última fase, a construção de uma ordem internacional democrática cosmopolita. É por tudo isso que se entende que o grande desafio do Estado Neoconstitucional de Direito é refutar a consolidação do Estado Neoliberal de Direito, colocando em seu lugar o Estado Metaconstitucional de Direito.

Vicente Barretto mostra com precisão que “o conceito de direito cosmopolita, proposto por Kant, refere-se, principalmente, ao entendimento de que a evolução histórica, e com ela as luzes da razão, iriam encontrar ou formular normas de fundamentação ética, que poderiam ser consideradas como uma forma de direito”. (BARRETO, 2002, p. 385).

Um dos postulados essenciais em que se funda o metaconstitucionalismo é a **racionalidade universalizante**, na qual os valores a serem protegidos são livremente aceitos por todos os homens, independentemente de nacionalidade, cultura, etnia ou religião. Segundo tal paradigma, há uma única ordem jurídica, cujos valores são compartilhados pela comunidade cosmopolita. Enfim, essa é a essência da ordem metaconstitucional de direitos humanos.

Por outro lado, há que se reconhecer que os alicerces do Estado Metaconstitucional de Direito se equilibram sobre um conjunto frágil de realidades vinculantes, como, por exemplo, a ideia-força da construção de um **Estado Universal de Direito**, no qual a violação de um direito fundamental em determinada região pobre da África ou da América Latina repercutirá igualmente em todas as demais nações do Planeta. É claro que tal perspectiva ainda não se encontra no horizonte visível da sociedade internacional atual, no entanto, o que é importante compreender é que uma ordem civilizatória metaconstitucional pressupõe a consolidação de um Estado Universal de Direito dessa natureza.

Além disso, uma ordem metaconstitucional de direitos humanos pressupõe um plexo de realidades vinculantes em todas as expressões do poder nacional. Isto significa dizer, por exemplo, que, geopoliticamente, seu motor é a implantação de uma **ordem mundial multipolar**, sem predominância cêntrica de um único poder global ou aliança de poderes prontos para exercer a liderança mundial a seu talento.

Com a devida agudeza de espírito, o leitor deve compreender que esta realidade vinculante demonstra que a ordem mundial pós-moderna, no campo da geopolítica, se encontra em transição de uma **ordem unipolar de hegemonia norte-americana** para uma **ordem multipolar de equilíbrio global**, mais afeita às perspectivas do **Estado Metaconstitucional de Direito**.

Com isso, começa a aparecer no horizonte da agenda mundial, a ideia kantiana de projetar justiça além fronteiras, sob a égide de uma sociedade internacional de Estados Democráticos de Direito de cidadania cosmopolita. Proclama-se, no âmbito do paradigma metaconstitucional dos direitos humanos, a pós-modernidade axiológica, na qual o regime jurídico protetivo de direitos caminha no trilho da ética universal.

É a virada kantiana privilegiando a dimensão ética universal das normas jurídicas e homenageando iniciativas de proteção ao núcleo intangível de dignidade humana dos hipossuficientes em escala planetária.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou analisar as perspectivas de implantação da ordem metaconstitucional de direitos humanos no âmbito do constitucionalismo da pós-modernidade. Certamente tal perspectiva metaconstitucional simboliza o mais avançado grau de dogmática protetiva de direitos, podendo-se mesmo afirmar que sua implementação seria equivalente à instauração do quase utópico Estado Universal de Direito.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a evolução dos direitos humanos não pode ficar apartada da fase metaconstitucional, paradigma ainda em construção, mas que tenta impulsionar o direito constitucional pós-moderno na direção desse Estado Universal de Direito e da democracia cosmopolita.

Neste mister precípuo, um dos aspectos mais importantes que se precisa destacar é a questão do diálogo epistemológico entre a ordem metaconstitucional de direitos humanos e a ordem geopolítica multipolar.

Na linha epistêmico-conceitual, o Estado Metaconstitucional de Direito ganha relevância transcendental, na medida em que a ética e o direito irão se encontrar na

realização da vida digna para todos os cidadãos do planeta, independentemente da sua nacionalidade ou do catálogo jusfundamental do seu Estado de origem. Isto significa dizer que a força normativa do direito cosmopolítico kantiano não dimana de normas feitas internamente por Estados soberanos, mas, sim, das normas metaconstitucionais cosmopolitas de curso universal.¹⁵

Com tal tipo de intelecção em mente, é possível identificar os óbices que se apresentam à ordem metaconstitucional de direitos humanos, desde um ponto de vista de relação de poder hegemônico em escala planetária, senão vejamos: no mundo de *Pax Americana*, a violação de um direito fundamental, cometida em determinado País que seja aliado estratégico dos EUA, certamente, não repercutirá no resto do mundo. Já a violação de um direito fundamental, cometida em País que resista, desafie ou se oponha aos EUA, indubitavelmente, repercutirá intensamente em todos os demais Estados da sociedade internacional. Ora isso representa exatamente a antítese da ordem metaconstitucional de direitos humanos.

Portanto, em tempos de estatalidade pós-moderna, um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito é deslocar para a centralidade do regime jurídico de proteção dos direitos humanos o diálogo epistemológico entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. Com efeito, a evolução do pensamento jurídico contemporâneo perpassa necessariamente pela conexão entre essas duas ordens jurídicas: a dimensão interna (máxime com a ideia de supremacia da Constituição) e a dimensão metaconstitucional (máxime com a consolidação dos tratados internacionais sobre direitos humanos).

Observe, com atenção, que a fase metaconstitucional de direitos simboliza a vitória do constitucionalismo democrático e do Estado Democrático de Direito. A questão não é de enfraquecimento da soberania nacional, mas, sim, de implantação de uma nova fórmula de proteção jurídica para o cidadão comum,

¹⁵ Em tempos de estatalidade pós-moderna, um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito é deslocar para a centralidade do regime jurídico de proteção dos direitos humanos o paradigma metaconstitucional e o controle de convencionalidade. Com efeito, a evolução do pensamento jurídico contemporâneo perpassa necessariamente pela conexão entre essas duas ordens jurídicas: a dimensão interna (máxime com a ideia de supremacia da Constituição) e a dimensão metaconstitucional (máxime com a consolidação dos tratados internacionais sobre direitos humanos).

independentemente da sua nacionalidade.¹⁶ É nesse diapasão que o constitucionalismopréweimariano/neoliberal/garantista/absenteísta/minimalista/negativista não se coaduna com a tese da força axiológico-normativa da proteção universal dos direitos humanos, cuja dinâmica estabelece que a violação de direitos deve repercutir igualmente em todos os lugares da Terra.

Urge, pois, equilibrar as principais tendências epistemológicas do constitucionalismo da pós-modernidade, quais sejam: de um lado, o Estado Neoliberal de Direito e o retorno ao arquétipo constitucional pré-weimariano de índole minimalista lockeana e, do outro, o Estado Metaconstitucional de Direito e a implantação do arquétipo cosmopolita de inspiração universalista kantiana.

Sem desbordar dos limites impostos pela busca da dignidade da pessoa humana, o projeto kantiano de constitucionalização universal deve ser capaz de disciplinar as regras de um direito cosmopolítico calcado na ética universal.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 383-424.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Estado. *In*: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁶ Assim sendo, o estudioso dos direitos humanos tem a missão exegética de desvelar os princípios fundantes do metaconstitucionalismo, notadamente aqueles focados na proteção da dignidade da pessoa humana dos hipossuficientes em âmbito mundial. Ora a ordem neoliberal do capitalismo democrático ocidental, agora reforçada pelo capitalismo de estado chinês, não projeta nenhuma perspectiva de garantia de direitos, ao revés, projeta sim a imagem de um quadro de miserabilidade humana ao redor do Planeta.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial:** a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da História.** Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social-(pós-modernidade constitucional?). *In:* FERRAZ JR., Tércio Sampaio (Coord.). **Crises e desafios da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro, 2002, p. 399.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OBRAS CONSULTADAS

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In:* BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro, Renovar, 2005. Tomo 3.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** 2. ed. Campinas: Minelli, 2005.

LOUGHLIN, Martin. **Sword & scales:** an examination of the relationship between law & politics. Oxford, Portland Oregon: Hart publishing, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITURA E CONSTRUÇÃO SUBJETIVA: UMA ALTERNATIVA PARA PESSOAS ENCARCERADAS

READING AND SUBJECTIVE CONSTRUCTION: AN ALTERNATIVE FOR IMPRISONED PEOPLE

Francisco Ramos de Farias*

Diana de Souza Pinto**

Leila Dupret***

Resumo: O artigo diz respeito ao projeto de Extensão Universitária desenvolvido pelo Laboratório de Práticas Sociais e Pesquisas sobre Violência (LPSPV), do Programa de Pós-Graduação em Memória Social (PPGMS) da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), que está ancorado na concepção dialógica de língua, na qual os sujeitos são concebidos como atores/construtores sociais. Os seus alvos primordiais referem-se a subsidiar a atividade de leitura de pessoas encarceradas, bem como auxiliar na avaliação de suas reflexões por meio dos gêneros discursivos resenha e relatório de leitura. Para tanto, são realizadas oficinas periódicas no intuito de orientar os professores e interessados envolvidos no projeto sobre o gênero discursivo resenha/relatório de leitura de livro, apresentando materiais de referência criados pelos pesquisadores, acompanhados de exercícios que se refiram aos pontos contemplados nos referidos materiais. O propósito em questão é de grande importância para a população carcerária, uma vez que oferece um espaço de reflexão e debate sobre o cotidiano prisional e, principalmente, sobre a prospecção do retorno das pessoas presas, em condição de privação de liberdade, à dinâmica da vida social. A execução do projeto de forma continuada e com avaliações de seus frutos quer pelo engajamento de professores, quer pelo desempenho das pessoas encarceradas, permite vislumbrar sua transformação em um dos vieses das políticas públicas referentes à integração social da pessoa presa.

Palavras-chave: Prisão. Educação. Extensão Universitária. Remição de Pena.

Abstract: This paper is related to an extension project based on the dialogical conception of language, in which subjects are conceived as social

* Professor associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, do Departamento de Fundamentos da Educação e do Programa de Pós-Graduação em Memória Social. Doutor em Psicologia pela Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Psicologia pela Fundação Getúlio Vargas e graduado em Psicologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

** Professora associada IV da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), atuando como pesquisadora e docente no Programa em Pós-Graduação em Memória Social. Doutora em Psiquiatria, Psicanálise e Saúde Mental pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Linguística Aplicada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Possui graduação em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

*** Professora associada da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Doutora em Psicologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Psicologia pela Fundação Getúlio Vargas. Possui graduação em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

actors/constructors. This project was developed by the Laboratory of Social Practices and Research on Violence (LPSPV), which makes part of the post-graduate Program in Social Memory (PPGMS) of the Federal University of the State of Rio de Janeiro (UNIRIO). Our mainly objectives are to subsidize the reading activity of incarcerated prisoners, as well as assist on the evaluation of their observations throughout the following discursive genres: review and reading report. In order to achieve these goals, we held periodic workshops to guide teachers and other people involved in the project on the discursive genres, presenting reference materials created by the researchers, together with exercises that refer to the points mentioned on the materials. In this way, the objectives we propose are of great importance for the prison population, since it offers a space for reflection and debate on prison daily life, and, especially on relation to the return of prisoners, in conditions of deprivation of liberty, to the dynamics of social life. The execution of the project happens continuously, as well as we have evaluations of its results, either because of the engagement of teachers or by the performance of the imprisoned people, which allow us to glimpse their transformation into one of the biases of the public policies regarding the social integration of the prisoner.

Keywords: Prison. Education. University Extension. Remission of sentence.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo é parcialmente derivado de intervenções no âmbito do Projeto de Extensão denominado "O ato de leitura e a construção de liberdade: remição de pena para pessoas encarceradas", realizadas no Colégio Estadual Rubem Braga, situado no Instituto Penal Benjamin de Moraes Filho do Complexo de Gericinó. O projeto, cadastrado sob número X0111/2018, na Pró-Reitoria de Extensão e Cultura (PROECX) da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, foi desenvolvido durante o ano de 2018, pelo Laboratório de Práticas Sociais e Pesquisas sobre Violência (LPSPV), do Programa de Pós-Graduação em Memória Social (PPGMS) da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Nível Superior – Brasil – (CAPES) – Código de Financiamento 001.

As atividades terão continuidade no ano de 2019, com o intuito de fazer valer a tríade de sustentação da Universidade: ensino, pesquisa e extensão, porém dando ênfase à modalidade de intervenção, na medida em que as atividades realizadas concorrem para transformações de cunho subjetivo.

A proposta em tela tem como motivação apresentar à sociedade um tema que é pouco discutido hoje em dia, mas de fundamental importância para o campo das relações sociais, principalmente as relativas ao espaço prisional, bem como os contextos sociais que cercam esses locais e aqueles em que pessoas vivem este tipo de dia-a-dia: as possibilidades interferentes da leitura no processo de construção subjetiva.

Em função de se tratar especificamente de uma etapa do processo educativo fundamental para a sociedade, o hábito da leitura, como também a atividade da escrita, é necessário situar o papel social da leitura. Este remete à compreensão de que a sincronidade entre o que se lê e o que se vive/u além de gerar prazer, contribui ainda para a transformação de pessoas na construção de sua autonomia. Dessa forma, conforme Freire (2001), a leitura contribui para a sociedade dita do conhecimento e a sincronidade que a leitura proporciona se materializa pela "significação do que está a nossa volta, (na medida em que inclui) experiências na interpretação no ato de ler". (FREIRE, 2001, p. 47).

Todavia é importante circunscrever, nesse caso, o espaço onde acontecem a leitura e a escrita: instituições de encarceramento para pessoas condenadas pela prática de crime. Então, depreendemos que o contexto em questão concerne à possibilidade de leitura e produção de uma escrita em condições de confinamento prisional.

Considerando essas condições, nos indagamos se a escrita premida por essas circunstâncias permite um processo de elaboração de situações da vida, bem como o planejamento de projetos futuros? No entanto, é provável que com a escrita a pessoa encarcerada produza estratégias subjetivas de manter traços mínimos de diferenciação e resistir à massificação decorrente da assimilação da cultura carcerária que, com o passar dos tempos, homogeneiza praticamente as pessoas presas em uma espécie de seriação robotizada, conforme assinala Thompson (1998).

Entendendo a questão por esse prisma podemos admitir que o ato de leitura distancia, sobretudo, a pessoa presa de seu cotidiano carcerário ao lhe permitir elaborar outras estratégias de significação para a sua vida; como também para suportar as agruras do viver em cárcere, situação completamente adversa, comparada às condições de vida antes do ingresso à prisão, mesmo que estejamos falando de pessoas adultas em situação de abandono social.

Nesta perspectiva, o ato de leitura torna-se uma das bases para a construção de cidadãos conscientes e críticos capazes de interagir de forma plena com o mundo que o cerca, tal como nos sugere Koch (2002), a partir da concepção de leitura como processo sócio-cognitivo. E ainda, mantém-se em consonância com a Resolução SEAP n. 621 de 01 de julho de 2016, que institui a Remição de Leitura, dispondo sobre a contribuição da leitura para processo de reinserção social da pessoa presa, porque proporciona meios constitutivos de valores éticos, morais e de desenvolvimento da capacidade de análise de fatos e situações, conforme pode ser constatado em seu Artigo 1º:

Instituir, no âmbito do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, a "Remição de Pena Pela Leitura", atendendo ao disposto na Lei de Execução Penal, no que tange à Assistência Educacional aos reeducandos. (SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO RIO DE JANEIRO, [2016?], p. [1]).

Assim sendo, subsidiar a atividade de leitura de pessoas encarceradas, bem como auxiliar na avaliação de suas reflexões por meio dos gêneros discursivos resenha e relatório de leitura, passaram a serem os alvos primordiais do projeto, que está ancorado na concepção dialógica de língua, na qual os sujeitos são concebidos como atores/construtores sociais, e o texto – tanto o lido quanto o produzido na resenha e relatório de leitura – é o lugar da interação. Deste modo, o ato de leitura é entendido como uma atividade altamente complexa de atribuição e criação de sentidos realizada com base nos elementos linguísticos, na sua organização, mas, sobretudo, na mobilização de um vasto conjunto de saberes dos leitores/escritores.

Uma vez circunscrito o ato de leitura destinado à produção de uma escrita questionamos se uma produção, diante de todas as pressões do ambiente carcerário, pode ser considerada, no bojo das experiências de vidas sem a marca premente do peso das instituições prisionais. Dificilmente dispomos de meios para saber se a pessoa que produz uma escrita em situação de custódia, o faria caso se encontrasse em situação de liberdade. Isto porque grandes escritores como Graciliano Ramos, Gramsci, Dostoiévski, dentre outros, em função de uma situação de confinamento foram acossados a produzir escritas como Primo Levi, Jorge Senprum, por exemplo; escrevendo obras que trazem a insígnia do cárcere.

De forma inversa, cabe também a seguinte indagação: esses escritores teriam produzidos tais obras se não tivessem passados por situações extremas de encarceramento? Também não dispomos de elementos para responder, apenas queremos salientar que nem todas as pessoas que tiveram, por um período de suas vidas em condição de custódia, escrevem durante ou depois da prisão.

Contudo compreendemos perfeitamente que a escrita, qualquer que seja a situação em que se realiza, pode ser considerada um meio de produção de memória, cujo efeito principal recai no âmbito das transformações subjetivas. Quer dizer, o ato de escrever desloca a pessoa presa de uma posição, à medida que a obriga a entender o mundo e a própria existência de outra maneira, conforme nos informa Mendes (2001).

Mesmo sabendo que a escrita produzida em condição de custódia pode ser grandemente afetada pelas regras e cotidiano da instituição prisional, acreditamos

ser um meio privilegiado para produzir transformações subjetivas que garantam, de certo modo, a manutenção de marcas de singularidade, diante das circunstâncias dos aparatos prisionais que primam pela inculcação da obediência, em muitos casos beirando a subserviência e até mesmo um maciço processo de coisificação da pessoa presa.

Por fim, consideramos de extrema importância, os escritos produzidos sob as lentes da pressão das instituições prisionais, uma vez que o ato de leitura está diretamente conjugado à remição da pena. Quer dizer: esses escritos certamente produzirão mudanças significativas na vida dessas pessoas. Obviamente não sabemos se para melhor ou pior, visto que tudo depende da direção e do sentido que o(a) autor(a) consegue dar aos seus escritos e aos efeitos que deles decorrem.

2 EDUCAÇÃO E EXTENSÃO

O artigo 205 da Constituição Federal prevê que a educação é um direito de todo o cidadão brasileiro e um dever do Estado. O esforço do Estado para cumprir a oferta de educação tem como outro fator de motivação a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, realizada em Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 1948, e que determina em seu artigo 26 que “toda pessoa tem direito à educação”. (ONU, c1996-2019, p. [6]).

Desde 1967 a legislação penal instituiu como obrigatório o Ensino Fundamental e o Ensino Profissionalizante em nível de iniciação ou aperfeiçoamento para as pessoas privadas ou em restrição de liberdade; conforme pode ser verificado no artigo 17, da Lei de Execução Penal, (LEP) nº 7.210 de 1984 o qual “assegura que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado” (BRASIL, 1984).

No entanto, Faceira (2016), ao longo de suas incursões em instituições de custódia, por mais de uma década, evidencia dificuldades encontradas nessa implementação educacional, ao se valer do depoimento de uma presa que faz a seguinte constatação:

Escola de 1º a 4º série do 1º grau – durante todas as tardes são realizadas na escola (uma sala de aula no espaço externo da galeria) aulas de

alfabetização e de 1º a 4º série do primeiro grau. Os presos só frequentam a aula uma vez por semana, em função da impossibilidade de convivência e integração entre os presos das diferentes facções. (FACEIRA, 2016, p.337).

A educação de jovens e adultos privados de liberdade é constituinte de seus processos de integração social para além dos muros institucionais. O currículo dessas unidades deve atender as especificidades das pessoas, respeitando suas características diversas e identidades culturais. Além disso, não deverá ocorrer uma perspectiva curricular que gera uma simples redução dos conteúdos programados para a educação básica, como sugere Julião (2016). Isto porque, como afirma Freire (2015):

[...] a educação, como formação, como processo de conhecimento, de ensino, de aprendizagem, se tornou, ao longo da aventura no mundo dos seres humanos, uma conotação de sua natureza, gestando-se na história, como a vocação para a humanização [...]. Em outras palavras e talvez reiteradamente, não é possível ser gente sem, desta ou daquela forma, se achar entranhado numa certa prática educativa. E entranhado não em termos provisórios, mas em termos de uma vida inteira. (FREIRE, 2015, p.26).

A citação de Paulo Freire (2015) denota um fato que é essencial para a compreensão da relevância da proposta em tela: a educação entendida como um processo de humanização dos sujeitos. É exatamente esta perspectiva que permite a construção da cidadania na existência das pessoas. Porém, historicamente o acesso à educação tornou-se um privilégio nesse sistema, pois não é garantido pelo Estado como deveria e está disposto em Lei; o que gera, segundo Saviani (2012), a manutenção de poderes hegemônicos. Essa exclusão de uma boa parcela da sociedade contribui para predomínio da opressão das classes populares, culminando em desumanização e/ou objetificação dessas pessoas, como aponta Freire (2014).

Os prováveis reverses que explicam a exclusão de pessoas de determinado nível social das escolas têm efeitos prolongados, podendo ter extensões para as demais situações da vida como a inserção no mercado de trabalho e o acesso às assistências relacionadas aos projetos habitacionais. Esse processo de segregação que, na maioria das vezes, acontece de forma silenciosa e escamoteada, produz efeitos visíveis.

As reflexões de Vianna (2015) e Pereira (2015) demonstram como esta conjuntura colabora para o aumento da população carcerária e da violência, salientando também o perfil desse público: “homens, jovens, negros e pobres, cujas vidas são marcadas pela desesperança, impotência e pouquíssimas escolhas a fazer, que não sejam ingressar no mundo do crime” (Vianna, 2015, p.105). Acentuadamente a população negra que tem sua história e cultura excluída dos currículos escolares nacionais, marcada pelo não respeito à diversidade étnica.

Nesse sentido, é de fundamental importância que se fale de educação e de seus processos, para as pessoas presas no âmbito em que elas se encontram. Porém, levando em consideração, por um lado, o conceito de Educação Libertadora, definido por Paulo Freire (2014) que proporciona reflexões acerca de metodologias educativas que viabilizem o aprendizado a partir da própria experiência de quem aprende, de modo contextualizado. Por outro lado, o conceito de Zona de Desenvolvimento Proximal, de Vygotsky (1988), que possibilita vislumbrar o “espaço possível” da interação de sujeitos no processo de construção de subjetividades, permitindo no campo da psicologia pensar sobre a dinâmica do aprendizado, inserido na amplitude do cotidiano social da pessoa encarcerada.

Por sua vez, é na área da Extensão que a função social da universidade reafirma o que diz respeito à sua relação com a comunidade, por intermédio de grupos sociais aos quais oferece seus serviços acadêmicos. Em outras palavras, as atividades extensionistas consistem na socialização de conhecimento e contribuição das produções e reflexões científicas para a comunidade e sociedade, propriamente dita. Referimo-nos às práticas de intervenção que se inserem nas políticas de interação da sociedade com a comunidade. Trata-se de uma modalidade de atuação que conjuga a produção de conhecimento em alinhamento com a formulação de estratégias aplicadas no processo de formação da cidadania, tendo em vista as mudanças subjetivas que podem decorrer desse processo de interação sistematizada e contínua.

Por outro lado, o projeto de extensão é de extrema relevância acadêmica, pois proporciona aos alunos, destacadamente os de graduação, o contato com o campo ocupacional e a vivência do exercício profissional, tendo oportunidade de aprimorar seus conhecimentos científicos e a articulação teoria-prática,

principalmente na modalidade de ações socioeducativas, atividade frequente nas prisões, cuja finalidade consiste em contribuir, de alguma maneira, para o processo de esclarecimento dos participantes diante da possibilidade de saída da prisão.

3 O CAMINHO DA PRÁTICA

A equipe do projeto, composta por docentes doutores com larga experiência na docência com foco no desenvolvimento da leitura, atualiza os conhecimentos dos professores interessados na condução das atividades de construção das resenhas e relatórios, assim como assessora na avaliação das produções feitas pelas pessoas encarceradas. E ainda, auxilia os docentes da respectiva instituição educativa na proposição das obras ficcionais que embasarão a atividade.

O grupo de trabalho faz oficinas periódicas para orientar os professores e interessados envolvidos no projeto sobre o gênero discursivo resenha/relatório de leitura de livro, apresentando materiais de referência criados pelos pesquisadores, acompanhados de exercícios que se refiram aos pontos contemplados nos referidos materiais.

A opção de utilizar oficinas pedagógicas se deu em razão de concebê-la, conforme define Candau (2000, p.87): "... como espaço de construção coletiva de um saber, de análise da realidade, de confrontação e intercâmbio de experiências, de exercício concreto dos direitos humanos".

Após a primeira fase, as pessoas encarceradas, muitas quais realizam seus estudos no Colégio Rubem Braga, selecionam os livros a serem lidos e resenhados (ou relatados em forma de relatório), que devem seguir o modelo apresentado pelo projeto de extensão e acordado com os interessados em guiar a criação das resenhas/relatórios. Em data previamente agendada pelo grupo, acontece o processo de feitura das resenhas e relatórios que, posteriormente são encaminhadas para a equipe do projeto, que organiza junto com os docentes/interessados, critérios de avaliação, proporcionando condições para as futuras correções autônomas realizadas na instituição educativa a que estão vinculadas as pessoas custodiadas. Uma vez que a redação ou relatório de leitura sejam avaliados, a equipe encaminha à direção da unidade prisional, uma planilha com os resultados para o devido processamento na

ficha de cada pessoa presa, com o propósito de viabilizar o cômputo das horas de estudo, visando à concessão da remissão da pena.

A equipe se propõe a acompanhar o processo de construção das resenhas/relatórios estabelecendo uma comparação semestral da produção dos internos a partir da avaliação do desenvolvimento de suas construções autorais. Quanto aos docentes/interessados também ocorre o acompanhamento do processo de instalação do hábito de leitura, a partir das convenções criadas para orientar a correção das produções e o oferecimento de obras a serem lidas.

O projeto tem como proposta desenvolver atividades extensionistas com professores de instituições educativas de unidades prisionais e alunos das escolas de formação de professores da cidade do Rio de Janeiro, que estejam cursando o último ano deste nível de escolaridade, pois que ambas administradas pela Secretaria Estadual de Educação (SEEDUC) oferecerão seus préstimos à população de pessoas encarceradas.

4 REFLEXÕES PRELIMINARES

Desta feita, e ancorado na premissa de que todos somos sujeitos de linguagem, dotados de uma admirável capacidade de formar ideias e exercer a capacidade ilimitada de comunicação, acredita-se que a leitura é uma atividade que amplia a visão de mundo de seus agentes sociais, dotando-os de criticidade para agir no mundo de maneira reflexiva e consciente.

Nesta direção, defendemos o caráter ativo dos sujeitos e a posição de que eles (re)produzem o social na medida em que participam ativamente na leitura e na escrita, no sentido mais amplo, deste mesmo âmbito social. Segundo esta abordagem, destacamos o espaço da relação entre o eu e o outro como o locus das possíveis interferências no desenvolvimento dos seres humanos.

Existem vários testemunhos e depoimentos de pessoas presas e egressas que produziram condições de vida pelo ingresso no universo educativo e, em particular, na prática da leitura e da escrita.

O projeto de remissão pela leitura recém-implantado atualmente já é uma realidade no sistema penal do Estado do Rio de Janeiro, atendendo a Resolução de

sua criação. Com o objetivo de ilustrar um encaminhamento bem-sucedido no tocante a pessoa presa que decidiu dar outro destino a sua vida recorrendo à leitura, reportamo-nos à obra intitulada: Memórias de um sobrevivente, de Luiz Alberto Mendes. O referido autor apresenta sua trajetória de vida em livros autobiográficos, romances, poesias, contos, entrevistas para rádio e televisão, e também palestras em universidades, associações de moradores, condomínios, entre outros lugares.

Um tema, basicamente, atravessa a sua produção: os livros foram responsáveis pela sua decisão em declinar do crime. Afirma mesmo que foi salvo pelos livros, quando se reporta aos mais de trinta anos de prisão, em que passou por momentos violentos, os quais deixaram grandes sequelas em sua vida. Ele admite que o passo para a liberdade foi a inserção no universo da escrita, depois que, ainda em situação de custódia, entusiasmou-se pela leitura e decidiu enveredar na abordagem de temas como violência, solidão, desespero e superação. Na época em que foi preso, mal sabia ler e, muito menos, escrever. Ante as pressões da prisão viu-se obrigado a escrever para sua mãe, contando com a ajuda de amigos.

A atividade de escrever cartas passou a ser um ato cotidiano de Luiz Alberto e foi o começo de uma iniciação literária que transformou sua condição de vida de pessoa criminosa para professor de Literatura, dispondo-se a ensinar as pessoas a encontrarem alternativas de vida mediante a produção da escrita. Tal fato nos leva a refletir sobre o seguinte: da mesma forma que a prisão produz a sua cultura, as pessoas presas podem envidar esforços de resistência enveredando por outras trilhas.

Em sua trajetória, ao invés de ficar valorizando as experiências da prisão que podem ter um apelo de sensacionalismo, principalmente quando se narra ocorrências de mortes, violências, dominação, submissão, prefere falar da satisfação em escrever poesia, contos, livros, atividade que deu outro rumo à sua vida.

Mesmo tendo passado quase a metade de sua vida encarcerado não guarda ressentimento da prisão. Primeiro por que reconhece que praticou crimes em relação aos quais não conseguia declinar do ímpeto de fazê-los. Quer dizer, era movido por um impulso que não conseguia demovê-lo: nada detinha a sua vontade.

Em segundo lugar, foi na prisão que descobriu sua inclinação para a leitura e para a escrita, únicos antídotos para a sua contumaz vontade de realização pelo crime.

Foi, sem dúvida, ao se embrenhar na intimidade do universo da escrita que ele encontrou uma fórmula de felicidade, de tamanha intensidade capaz de fazer minimizar o valor das práticas criminais, a ponto de finalmente declinar delas.

Assim, o propósito em questão é de grande importância para a população carcerária, uma vez que oferece um espaço de reflexão e debate sobre o cotidiano prisional e, principalmente, sobre a prospecção do retorno dos indivíduos em privação de liberdade a dinâmica da vida social.

Também é relevante para os diversos profissionais da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro (SEAP-RJ), uma vez que viabiliza espaços de aprofundamento de estudos e aprimoramento de práticas pedagógicas, bem como oferece serviços e atividades para a própria população usuária, em parceria com a Universidade.

A execução do projeto de forma continuada e com avaliações de seus frutos quer pelo engajamento de professores, quer pelo desempenho de pessoas encarceradas, permite vislumbrar sua transformação em um dos vieses das políticas públicas referentes à integração social da pessoa presa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, seção 1, 1984.

CANDAU, Vera Maria Ferrão; SACAVINO, Susana Beatriz. (Org.). **Educar em direitos humanos: construir democracia**. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

FACEIRA, Lobeliada Silva. Por mais longa que seja a noite, o sol volta sempre a brilhar! A memória rompendo o silêncio entre paredes do cárcere. **Revista Morpheus: estudos interdisciplinares em Memória Social**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 15, p. 323-344, 2016. Disponível em: <http://www.seer.unirio.br/index.php/morpheus/article/view/5475/4929>. Acesso em: 21 mar. 2019.

FREIRE, Paulo. **A importância do ato de ler: em três artigos que se completam**. Rio de Janeiro: Cortez, 2001.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 57. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FREIRE, Paulo. **Política e educação**. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. Escola na ou da prisão? **Cadernos CEDES Campinas**, v. 36, p. 25-42, 2016.

KOCH, Ingedore Villaça. **Desvendando os segredos do texto**. Rio de Janeiro: Cortez, 2002.

MENDES, Luiz Alberto. **Memórias de um sobrevivente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. c1996-2019. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 21 mar. 2019.

PEREIRA, L. D. Política educacional dual e população carcerária: o (não) acesso à educação nas prisões. In: FARIAS, F. R.; FACEIRA, L. da S. (Org.). **Punição e prisão: ensaios críticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SAVIANI, Demerval. **A pedagogia no Brasil: história e teoria**. 2.ed. Campinas: Autores Associados, 2012.

SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO RIO DE JANEIRO. **Resolução SEAP Nº 621**, de 01 de Julhode 2016. Institui no âmbito do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, a remição pela leitura. [2016?]. Disponível em: http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=d384d410-ce20-49d3-a5a6-3c6c4129e97e&groupId=132926. Acesso em: 21 mar. 2019.

THOMPSON, Augusto Frederico Gaffrée. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

VIANNA, Glauca Regina. Desigualdade e segregação: engrenagens para o circuito repetitivo do crime. In: FARIAS, F. R.; FACEIRA, L. da S. (Org.). **Punição e prisão: ensaios críticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p.105-119.

VYGOTSKY, LevSemenovich. **A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores**. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

**O PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE):
ALIMENTAÇÃO E APRENDIZAGEM**

***THE BRAZILIAN NATIONAL SCHOOL FEEDING PROGRAM (PNAE): FOOD
FOR LEARNING***

Helen Gonçalves Romeiro Ferreira*
Rodrigo Gomes Alves**
Silvia Conceição Reis Pereira Mello***

Resumo: Esse artigo apresenta uma reflexão sobre a história da merenda escolar no Brasil, ressaltando seu valor para os alunos da rede pública de ensino. Sendo o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) uma das políticas públicas mais importantes do país e da América Latina no combate à fome e à desnutrição, desenvolve a promoção da saúde nas escolas. As creches ou pré-escolas, o ensino fundamental e médio, bem como a educação indígena ou de áreas remanescentes de quilombos, alunos da educação especial, matriculados em escolas públicas e filantrópicas que participem do programa são o público alvo do PNAE, que oferece aos estudantes uma alimentação digna, colaborando com a aprendizagem e o desenvolvimento dos alunos e atuando na construção de hábitos alimentares saudáveis, além de prevenir a evasão escolar. Foi utilizada como base bibliográfica, uma literatura especializada, incluindo levantamento sobre a legislação vigente e artigos científicos selecionados por meio de busca nos bancos de dados do Scielo e Google acadêmico. O PNAE se destaca como um programa fomentador de identidades alimentares que tem como objetivo descaracterizar essa política tida como assistencialista, a qual acaba reduzindo a alimentação escolar como “comida para pobres”.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Alimentação Escolar. Desenvolvimento Local.

Abstract: This article presents a reflection on the history of school lunch in Brazil, highlighting its value for students in the public school network. Since the Brazilian National School Feeding Program (PNAE) is one of the most important public policies in the country and Latin America in the fight against hunger and malnutrition, it

* Mestranda no Programa de Pós - Graduação em Desenvolvimento Local (Mestrado Profissional) pelo Centro Universitário Augusto Motta - UNISUAM. Possui graduação em Licenciatura Plena em Ciências Biológicas pelo Centro Universitário Augusto Motta – UNISUAM.

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário Augusto Motta – UNISUAM. Pós-graduado em Gastronomia Funcional pelo Centro Universitário Augusto Motta, graduado em Gastronomia pelo Centro Universitário Augusto Motta e em Química Licenciatura Plena pela Universidade do Grande Rio.

*** Professora e orientadora do curso de Mestrado em Desenvolvimento Local e do curso de graduação em Ciências Biológicas do Centro Universitário Augusto Motta – UNISUAM. Doutora e Mestre em Higiene veterinária e processamento tecnológico de produtos de origem animal pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Possui graduação em Zootecnia pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

develops the promotion of health in schools. Kindergartens or pre-schools, elementary and secondary education, as well as indigenous or quilombian education, special education students enrolled in public and philanthropic schools participating in the program are the target audience of the PNAE, which offers students with a dignified diet, collaborating with students' learning and development, and working to build healthy eating habits, as well as preventing school dropouts. Literature was used as a bibliographical basis, through legislation, consulted in scientific articles, selected through search in the databases of Scielo and Google Scholar. Relevant topics were considered in the research, such as the PNAE as an element that foments food identities, focusing on discharacterizing this policy as a welfare state that turns out to be reducing school feeding as food for the poor.

Keywords: Public policy. School Feeding. Local Development.

1 INTRODUÇÃO

O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) é o maior programa de suplementação alimentar da América Latina contribuindo com a Segurança Alimentar e Nutricional e viabilizando a promoção do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) por meio da alimentação escolar, indo ao encontro das metas dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) (LIBERMANN; BERTOLINI, 2015).

O PNAE tem como principal objetivo proporcionar aos estudantes uma alimentação digna, que garante minimamente, uma nutrição segura e de qualidade, o programa proporciona aos mesmos um exercício de cidadania e melhoria da qualidade de vida.

E para isso, o Programa Nacional de Alimentação Escolar tem como busca prestar auxílio financeiro adicional aos estados e municípios brasileiros com o objetivo de garantir uma refeição diária a cada aluno matriculado em escolas públicas e /ou filantrópicas. O programa oportuniza uma alimentação de qualidade para os estudantes resultando em uma melhor performance do aluno no ambiente escolar, visando reduzir a evasão escolar, auxiliando na construção de bons hábitos alimentares.

Para Silva Amparo-Santos e Soares (2018) quando foi criada a alimentação estudantil através das políticas de alimentação e nutrição objetivava a diminuição da desnutrição que, com o tempo, foi alcançada. Porém, o senso comum classificou a merenda como comida para alunos pobres e necessitados, o que deixou por um longo tempo esse programa com caráter assistencialista, ou seja, a ideia de que os pobres só iam à escola para comer, desmerecendo a real importância dessa política.

Por isso, esse estudo vem abordar a importância do PNAE para a inclusão e o desenvolvimento, educacional, biológico, cognitivo, social e inclusivo, além de promover o desenvolvimento local, através da agricultura familiar.

O PNAE atende a todas as escolas públicas, independentemente das condições socioeconômicas do estudante. Apesar disso, não exclui que a maior adesão de alunos que consomem a alimentação escolar é, com frequência, de estudantes com condições socioeconômicas mais baixas. De acordo com Valentim e

outros (2017) esse contexto faz da merenda escolar, muitas vezes, a única refeição do dia.

Kirch e Copatti (2013) argumentaram que a fome e a desnutrição prejudicam a saúde, o crescimento e o desenvolvimento das ações cognitivas. A privação constante do mesmo acarreta em diminuição da glicose no sangue, o que contribui para a dificuldade de concentração.

Como Carvalho (2016) apontou que em idade escolar as crianças são as que mais necessitam de uma alimentação sadia, já que é nesse período que se desenvolvem psicologicamente e a partir do qual passam a desenvolver personalidade e hábitos alimentares.

A desnutrição pode comprometer o desenvolvimento do cérebro, podendo esse comprometimento ser temporário ou permanente. Já uma alimentação sadia e nutritiva proporciona uma melhor atividade cerebral, o que consolida a afirmativa de que a má nutrição é um dos fatores que impacta negativamente no desempenho escolar dos estudantes (CAVASSIN; PINHO, 2013).

Nesse contexto, a merenda escolar é de suma importância para a nutrição dos alunos ao contribuir para seu desenvolvimento fisiológico e cognitivo. Conseqüentemente, estudantes que se encontrem em estado de subnutrição não terão o mesmo desempenho que os indivíduos sadios.

As escolas, por exercerem um grande poder de sujeição, contribuem para a formação da identidade de cada indivíduo. Dessa forma, o indivíduo bem alimentado, participa de forma mais ativa nas atividades escolares, o que contribui de forma decisiva na construção da sua identidade. Possibilita que esse indivíduo seja influenciado pela inserção de alimentos saudáveis ao longo do desenvolvimento discente e essa construção de identidade instrumentalizar, assim, o indivíduo a ser questionador.

Valentim et al. (2017) destacaram que as condições estruturais das escolas como limpeza do refeitório, espaços adequados que comportem mesas e cadeiras suficientes contribuem para a maior adesão dos alunos a participarem da alimentação escolar e que a deterioração e a má gestão desses espaços são desmotivadores para os estudantes. Para o sucesso do programa, são necessárias

ações em conjunto, englobando todos os atores, para promoverem melhorias e conservações dos ambientes escolares.

Considerada uma das políticas públicas mais antigas do Brasil, completando sessenta e quatro anos no ano de 2019, a merenda escolar destaca o quão necessário é o constante investimento e fiscalização para que cada vez mais estudantes possam continuar sendo contemplados.

2 A MERENDA ESCOLAR NO BRASIL

Nos anos de 1940, com o intuito de fornecer alimentação para os estudantes, algumas escolas começaram a promover uma organização interna para arrecadar renda e poder fomentar essa alimentação, assim surgindo as 'caixas escolares'. O governo não subsidiava nenhum tipo de verba para as escolas destinarem a alimentação. (BRASIL, 2013a).

Porém, ao se constatar que o fornecimento de uma merenda aos estudantes contribuía para a sua permanência na escola, acabou por também contribuir para a redução da desnutrição infantil, uma séria preocupação do país na época.

Então, a partir da década de 50 o governo federal passou a fornecer merenda para todos os estudantes. Todavia, no início desse programa, as ações foram um pouco precárias, tendo em vista que o governo não conseguia abarcar todas as escolas e a oferta alimentar não provinha diretamente do governo, mas sim através de doações internacionais (BRASIL, 2013a).

Essas doações internacionais eram provenientes do financiamento feito pelo Fundo Internacional de Socorro à Infância (FISI) atualmente UNICEF, em que ocorria o repasse do leite em pó sobressalente, atribuído inicialmente, à campanha de nutrição materno-infantil. Devido a esse auxílio, o programa conseguiu se sustentar (BRASIL, 2018a).

Com isso, em 31 de março de 1955, o presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira assinou o Decreto nº. 37.106 (BRASIL, 1955), e através dele criou a Campanha da Merenda Escolar (CME). Ao longo dos anos, houve mudanças em suas denominações, até que em 1956, denominou-se Campanha Nacional de Merenda

Escolar (CNME) na qual o intuito era de abranger todo o país. No ano de 1965, o CNME sofre outra alteração passando a se chamar Campanha Nacional de Alimentação Escolar (CNAE). O Brasil e organizações internacionais como Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID) e Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO/ONU) apoiavam programas como Alimentos para a Paz, Programa de Alimentos para o Desenvolvimento, Programa Mundial de Alimentos (PMA) sendo um alicerce importante de consolidação da alimentação escolar. Já em 1976, se encontrava subsidiado pelo Ministério da Educação sendo gerido pela Campanha Nacional de Alimentação Escolar, que pertencia ao II Programa Nacional de Alimentação e Nutrição (PRONAN) que posteriormente em 1979, foi denominado Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) mais conhecido como merenda escolar (BRASIL, 2018a).

Segundo a Constituição Federal de 1988 capítulo II Art.6º, é garantido a todos o direito à saúde, à educação e à alimentação. Nesse sentido, o direito à educação se encontra garantido no capítulo III seção I pelo art 205. Também se encontra no art. 208 inciso VII, que em todas as etapas da educação é dever do Estado fornecer material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (BRASIL, 1988).

E com a promulgação da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil (LOSAN) foi possível criar o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN). E é através do SISAN que o poder público e a sociedade civil organizada, caminham juntos em prol de elaborar e executar planos, programas e ações para garantir o direito humano à alimentação adequada (BRASIL, 2006).

3 A IMPORTÂNCIA DO PNAE

O PNAE é um Programa Nacional de Alimentação Escolar que oferece alimentação básica a todas as escolas públicas, além de promover ações de educação alimentar e nutrição aos estudantes (BRASIL, 2018b).

Consoante ao direito humano de acesso à alimentação, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, através do

artigo 6º da constituição federal de 1988, o programa possui um importante papel no que tange a oferta de alimentação aos estudantes.

Como política pública, o Programa Nacional de Alimentação Escolar tem como dever amparar todos os estudantes, não ignorando qualquer necessidade especial que possa ser relacionada à alimentação, sem constrangimento ou discriminação (BRASIL, 2013a).

O reconhecimento internacional do PNAE é devido ao êxito do Programa de Alimentação Escolar Sustentável, que atende os Acordos Internacionais alicerçados com a Organização das Nações Unidas para Alimentação e a Agricultura (FAO) juntamente com o Programa Mundial de Alimentos (PMA), através da Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores, com o intuito de corroborar com o desenvolvimento de Programas de Alimentação Escolar Sustentáveis em países da América Latina, seguindo os princípios da Segurança Alimentar e Nutricional e do Direito Humano a uma Alimentação Adequada (BRASIL, 2018a).

O PNAE tem como dever atender alunos de toda a escola de educação básica que abrange educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e educação de jovens e adultos que obrigatoriamente devem estar matriculados em escolas públicas, filantrópicas ou entidades comunitárias que, por sua vez, também devem estar vinculadas ao poder público (BRASIL, 2018b). Entretanto, somente a partir de 2009, o programa passou a abarcar não somente as escolas filantrópicas e comunitárias, mas também aquelas localizadas em áreas de quilombolas e indígenas (BRASIL, 2013a).

A partir de 1998, o PNAE passou a ser gerido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), que se encontra sob a tutela do Ministério da Educação (MEC) e tem a responsabilidade de transferir a verba destinada pela União para a merenda escolar. O recurso passado pela União deve ser acrescido pelos estados e municípios, além do mesmo zelar pela diretriz, coordenação, fiscalização e execução do programa.

A execução desse programa se dá através das Secretarias Estaduais de Educação nos estados brasileiros e também no Distrito Federal. Já os municípios

ficam sob os encargos das prefeituras municipais, além das escolas federais. Essas instituições, ao obterem esse dinheiro do FNDE, devem direcioná-lo para os custos alimentares dos alunos, tendo cada instituição a autonomia para definir como gastá-lo (BRASIL, 2013a).

Para se beneficiar desse programa, as escolas públicas devem estar cadastradas no Censo Escolar, que é realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP/MEC). É importante ressaltar que as entidades filantrópicas ou comunitárias com algum vínculo público devem atender critérios da Resolução FNDE nº 26/2013 para serem considerados aptos a participarem do programa (BRASIL, 2018b).

A sanção da Lei nº 11.947, de 16 de junho (BRASIL, 2009a) ocasionou grandes progressos para o PNAE, possibilitando a expansão do Programa além das redes públicas de educação básica, sendo estendido para os alunos do Programa Mais Educação, e para jovens e adultos matriculados em escolas públicas. No mínimo 30% (trinta por cento) do dinheiro que é repassado ao FNDE precisam ser destinados à compra de produtos provenientes da agricultura familiar.

A incorporação, em 2013, de alunos que cursam o Atendimento Educacional Especializado (AEE) bem como os matriculados na Educação de Jovens e Adultos, modalidade semipresencial ou período integral, pode ser considerada uma grande vitória para o programa (BRASIL, 2018a).

Para manter o controle de todos esses módulos educacionais contemplados pelo PNAE, é realizado anualmente o Censo Escolar em todas as escolas brasileiras, entre os meses de janeiro e março. Os dados recolhidos são enviados para o INEP (Instituto Nacional de Estudo e Pesquisa) através de um formulário que deve ser entregue até a última quarta-feira do mês de maio, devido à data ser considerada o Dia Nacional do Censo Escolar (BRASIL, 2013a).

O INEP, por sua vez, tem como função receber esse formulário e após contabilizar, os dados do censo são divulgados no final de cada ano entre os meses de novembro e dezembro. Após a divulgação desses dados, o FNDE cataloga todas as escolas públicas que participaram do PNAE (BRASIL, 2013a). Já que há obrigatoriedade do preenchimento desses formulários, através do censo que o FNDE

executa, é possível quantificar quanto cada escola vai receber e quantos alunos são beneficiados pelo PNAE.

Dos Santos, Costa e Bandeira (2016) discorrem sobre a necessidade que as escolas filantrópicas que desejam participar do programa têm de realizar cadastro no Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) para ofertarem alimentos aos seus alunos através da verba proveniente do PNAE.

Com a finalidade de obter um bom desenvolvimento do PNAE, as administrações municipais devem trabalhar em prol do programa, capacitando seus gestores sobre como utilizar os recursos mandados pela união através do censo escolar (FREITAS et al., 2013).

Em outras palavras, a aquisição dos insumos é feita através dos estados e municípios, que guiados pela Lei nº 8.666, de 21/06/93 (BRASIL, 1993), devem tratar de licitações e contratos públicos. Toda verba do PNAE é exclusivamente direcionada para a compra de produtos alimentícios e qualquer gasto além, como infraestrutura para o funcionamento interno do programa, é de responsabilidade dos estados e município (DOS SANTOS; COSTA; BANDEIRA, 2016).

Uma das principais conquistas do PNAE veio no ano de 2006, quando foi estabelecida a obrigatoriedade da presença de um nutricionista como Responsável Técnico no quadro de funcionários de todas as Entidades Executoras. Isso possibilitou uma melhor qualidade de atendimento do PNAE para atingir seu objetivo. Outra conquista de grande relevância para o programa foi a parceria que o FNDE firmou com as Instituições Federais de Ensino Superior criando os Centros Colaboradores de Alimentação e Nutrição Escolar (CECANES) unidades de suporte que fomentam ações e projetos que atendem os interesses e necessidades do PNAE, além da fornecer capacitação para agentes promotores do programa (FNDE, 2018a).

Visto que o FNDE possui, incorporado à sua gestão federal, um profissional dessa área, a responsabilidade técnica da alimentação escolar de estados e municípios ficam também sob a tutela do PNAE (DOS SANTOS; COSTA; BANDEIRA, 2016). Ao se considerar que pode ser um custo a mais no orçamento, principalmente dos municípios, o nutricionista se encontra a nível estadual ou, caso seja acatado pelas instruções do PNAE, para a composição alimentar.

Além de colaborar com o desenvolvimento biopsicossocial dos alunos, o PNAE, por subseqüência, melhora o rendimento escolar, contribui para a assiduidade dos estudantes e participa, mesmo que indiretamente, na construção dos hábitos alimentares dos escolares (SILVA, AMPARO-SANTOS, SOARES, 2018).

O PNAE interfere secundariamente na economia local através da agricultura familiar. Wanderley (2009) descreveu a agricultura familiar como um modelo de produção que engloba economia doméstica, habitação, atividade profissional, patrimônio familiar e cria conexões socioeconômicas através de elos indissociáveis.

Uma das vantagens sobre as quais SANTOS et al. (2018) dissertaram é a de que o PNAE permite que o próprio produtor possa acessar tanto individualmente quanto por meio de organizações. Contudo, Rossetti, Winnie e Silva (2016) ressaltaram que para participar do programa, o produtor rural deve estar formalizado como pequeno produtor rural, o que o caracterizaria como agricultor familiar. Além de cumprir as exigências legais e sanitárias, que nem sempre condizem com a realidade do nível do empreendimento, essas exigências dificultam de certa forma a entrada do agricultor no programa.

4 COMO A MERENDA CHEGA A ESCOLA

O papel do governo federal é repassar a verba destinada à alimentação escolar a estados, municípios e escolas federais. Ao longo de todo o ano de 2018, o FNDE repassou R\$2,79 bilhões de reais para alimentação escolar, sendo esse recurso dividido e repassado em dez parcelas referentes aos meses de fevereiro a novembro, correspondendo aos duzentos dias letivos, sendo proporcional ao número de estudantes matriculados (BRASIL, 2018b). O valor repassado pelo Estado por aluno por dia letivo é calculado referente a cada modulo de ensino.

Tabela 1 - Do Valor de Repasse da União por Aluno no Ano de 2018

INSTITUIÇÕES DE ENSINO	VALOR REPASSADO POR ALUNO
Creches	R\$ 1,07
Pré-escola	R\$ 0,53

***** Diálogos com o Direito *****

Escolas Indígenas e Quilombolas	R\$ 0,64
Ensino Fundamental e Médio	R\$ 0,36
Educação de Jovens e Adultos	R\$ 0,32
Ensino Integral	R\$ 1,07
Programa de Fomento às Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral	R\$2,00
Alunos que Frequentam o Atendimento Educacional Especializado no contraturno	R\$ 0,53

Fonte: (Tabela adaptada do valor repassado pela União por aluno. BRASIL, 2018c)

De acordo com a análise da tabela as discrepâncias entre as verbas das escolas indígenas e quilombolas em relação a outras escolas se devem a hábitos alimentares característicos das suas culturas.

Essa influência alimentar é muito particular nessas comunidades, o que pode onerar o valor da merenda. Além do mais, essa parcela da população, em geral, demonstra um número maior de casos de desnutrição, devido à conjuntura de insegurança alimentar e torna, muitas vezes, a merenda escolar a única refeição completa do dia (BRASIL, 2018b).

A verba repassada pela União é distribuída pelo PNAE diretamente aos estados e municípios, fiscalizada diretamente pela sociedade civil através do Conselho de Alimentação Escolar (CAE) também pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) juntamente com o Tribunal de Contas da União (TCU) pela Controladoria Geral da União (CGU) e o Ministério Público (BRASIL, 2018b).

Do valor total destinado pela União, 70% (setenta por cento) deve ser executado unicamente na compra de provisões alimentares básicas, baseando se nos hábitos regionais (FNDE, 2018a) o que faz com que os estudantes conheçam, valorizem e tenham orgulho da sua cultura local, e não sejam tão influenciados pela alimentação contemporânea, muitas vezes, influenciadas pelas mídias. De acordo com (BRASIL, 2017) os estudantes do ensino fundamental e do ensino médio

representam 71% (setenta e um por cento) dos estudantes atendidos pelo programa.

Até 1993, a compra da merenda escolar era centralizada pelo governo federal, ou seja, o mesmo delineava o cardápio, comprava os insumos e depois distribuía para os estados e municípios (BRASIL, 2018a). Com isso, havia a predominância de insumos industrializados para que se chegassem aptos para o consumo, e os alimentos mais sensíveis acabavam estragando no trajeto até o seu destino.

Devido a essas perdas em 1994 ocorreu a descentralização das compras dos insumos destinados ao programa, que através de convênios com os estados e municípios, juntamente com o abarcamento das Secretarias de Educação dos estados e do Distrito Federal, delegam a competência de adquirir os insumos alimentares para as redes e municípios das prefeituras que não aderiram à descentralização. Durante o período de 1994 a 1998 cresceu de 1.532 para 4.314 o número de municípios descentralizados computando mais de 70% (setenta por cento) dos municípios brasileiros (BRASIL, 2018a).

Desde essa descentralização, os estados e municípios passaram a decidir a melhor forma de gerir a receita destinada pelo PNAE. As maneiras possíveis de gerência são as seguintes: Centralizada, Descentralizada, Mista e Terceirização.

A gestão centralizada a Secretaria de Educação se responsabiliza pelos recursos, onde a mesma compra os insumos alimentares, objetiva o orçamento, projeta os cardápios, supervisionando a merenda, armazenamento dos estoques e a distribuição dos mesmos (DOS SANTOS; COSTA; BANDEIRA, 2016). Essa centralização pode ocorrer de três formas, o armazenamento dos alimentos se encontra em estoque central de onde é distribuído para as escolas, onde posteriormente serão preparadas as merendas, o próprio fornecedor entrega os insumos alimentares diretamente nas escolas, onde cada uma faz seu próprio armazenamento ou secretaria estadual de Educação ou a prefeitura possui uma cozinha no qual eles mesmos preparam os alimentos e depois distribuem para as escolas.

Segundo (BRASIL, 2008) na gestão centralizada a verba é repassada diretamente para as entidades executoras pelo PNAE. Essas mesmas entidades são responsáveis pela compra e distribuição dos insumos para as escolas.

Facilitando o controle de gastos, minimiza os desperdícios já que as escolas não precisam ter grandes estoques, ainda levando em consideração de que quanto maior a compra, mais baixo é o preço dos insumos.

Na descentralização o FNDE repassa as verbas para as entidades executoras que por sua vez repassa para as escolas, que são responsáveis pela compra dos insumos alimentares (BRASIL, 2017b).

Como argumentam (BELIK; CHAIM, 2009) as escolas também podem se responsabilizar pelo armazenamento e preparo dos alimentos. O que conta como uma vantagem dessa gestão é a maior facilidade de se comprar produtos regionais, priorizando a agricultura familiar local, o que contribui para evitar o desperdício e melhorar a logística além de proporcionar um cardápio que provoque afetividade ao aluno.

Já na gestão mista há uma divisão de tarefas entre a Secretaria de Educação que se responsabiliza por comprar alimentos não perecíveis, posteriormente os distribuindo nas escolas e repassa o uma parcela proporcional por escola para a obtenção dos alimentos perecíveis (STOLASKI, 2005).

Os benefícios são muito semelhantes da gestão descentralizada, já que possibilita a aquisição mais facilitada de alimentos regionais, o que por si só valoriza a agricultura familiar local. Além disso, Dos Santos, Costa e Bandeira (2016) alega que o planejamento da merenda escolar conta com uma equipe qualificada para sua construção. Entretanto há a necessidade de um planejamento bem elaborado para o controle de compras, assim evitando o desperdício.

Tendo em vista a terceirização, a responsabilidade da compra de gêneros alimentícios fica por conta da Prefeitura ou pela Secretaria Estadual de Educação, no qual são também responsáveis pelo cardápio e a fiscalização. Desta forma, uma empresa contrata para a feitura dos alimentos, tendo as mesmas disponibilidades de espaço ou utilizando o próprio espaço físico das escolas (VALERIANI, 2011).

Possibilitando uma variabilidade maior no cardápio, utiliza menos funcionários destinados na feitura dos alimentos.

Porém, podem elevar os custos alimentares que segundo Dos Santos, Costa e Bandeira (2016) que esse gasto com a contratação de empresas poderia ser implementado para melhorar a merenda e ou na melhoria da infraestrutura das cozinhas e refeitórios além da contratação de merendeiras. A terceirização acaba por ser mais usada em escolas de pequeno porte e ou que não possuam estrutura física necessária para abrigar uma cozinha.

Esses vários modelos de gestão fazem com que a prestação de contas seja de extrema importância para o bom funcionamento do programa. As gestões mistas ou descentralizadas devem prestar contas a suas unidades executoras, sobre as aquisições dos insumos alimentares, tornando as escolas corresponsáveis pela gestão. As unidades executoras prestarão contas ao FNDE, através do Sistema de Gestão de Prestação de Contas – Contas Online (SiGPC) (BRASIL, 2015). Independentemente da gestão utilizada pelos estados e municípios, existem algumas orientações que regem o programa que devem seguidas.

Por meio da resolução FNDE nº 26, de 2013 consolidando o Programa, a Educação Alimentar e Nutricional (EAN) compactua com políticas públicas relacionadas à Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) juntamente com o Plano Nacional Combate à Obesidade e do Plano de Ações Estratégicas para combater Doenças Crônicas não Transmissíveis (DCNT) (BRASIL, 2018a).

É através da Lei nº 11.947, de 16/06/2009 (BRASIL, 2009a), que fica determinado que 30% do total do valor repassado pelo FNDE no âmbito do PNAE devem ser investidos na compra direta de produtores da agricultura familiar, o que estimula o desenvolvimento econômico e sustentável das comunidades e favorece o consumo de frutas e verduras na alimentação escolar (BRASIL, 2009a).

Em conjunto com a Resolução nº 38/2009M, que torna obrigatório servir frutas e verduras no cardápio semanal da alimentação escolar (BRASIL, 2009b).

Essas diretrizes que o programa traz ajudam aos profissionais da nutrição dos municípios a criarem cardápios mais ricos e nutritivos, que possam contemplar

todos os alunos e a inserção da obrigatoriedade e frutas e verduras nos cardápios estimula a agricultura familiar, além de valorizar a sazonalidade local.

MELÃO (2012) ressalta que o controle de qualidade dos produtos é de responsabilidade da Vigilância Sanitária. Ou seja, todos os produtos alimentares devem seguir sua legislação específica, assim garantindo a integridade e saúde dos estudantes.

A introdução de frutas e verduras e o incentivo ao consumo de alimentos mais saudáveis diminuem os riscos de se desenvolver doenças como diabetes, câncer, obesidade além de problemas cardíacos segundo (KIRCH; COPATTI, 2013). Doenças que cada vez mais se desenvolvem na menor idade influenciados pela má alimentação.

Através da Resolução/CD/FNDE no38, de 16 de julho de 2009 (BRASIL, 2009b) ocorreu um incentivo maior a agricultura familiar, que promove a economia local e valorização alimentos típicos de cada região. Além de propiciar a inclusão de alimentos não usuais que são produzidos nas localidades, que comumente não são consumidos por questões econômicas ou falta de hábito familiar.

5 A PRÁTICA ALIMENTAR NO CARDÁPIO ESCOLAR

Segundo (SILVA, AMPARO-SANTOS, SOARES, 2018) a alimentação escolar é uma denominação para um conjunto de refeições oferecidas pelo PNAE através das escolas públicas brasileiras. Mostrando que a merenda na hora do intervalo já se tornou uma prática que constitui o meio escolar, ajudando a esses alunos a criarem hábitos alimentares.

A globalização estimula cada vez mais o consumo de alimentos industrializados, conseqüentemente acabam influenciando nas escolhas do dia-a-dia, dificultando a manutenção da cultura alimentar de cada região. Além disso, o consumo excessivo de alimentos industrializados possui relação com algumas doenças crônicas não transmissíveis que vêm crescendo em crianças e adolescentes (CAMOZZIL et al., 2015).

O grande desafio da merenda escolar é aceitação dos alunos, além dos professores incentivarem o consumo de alimentos saudáveis são as manipuladoras da alimentação popularmente conhecidas como merendeiras. Elas que são responsáveis pelas estratégias para atrair os alunos a provarem novas receitas. Entretanto, essas estratégias, muitas vezes, não são planejadas, o que acaba indo de encontro com políticas promotoras da saúde, e geralmente sem nenhum preparo técnico, já que comumente se visa valorizar a culinária regional e a palatabilidade do aluno ao alimento, em vez do seu caráter nutricional. Esse ponto de vista se dá ao senso comum que uma alimentação caseira e alimentos com valor afetivo da cultura local são considerados saudáveis (CAMOZZIL et al., 2015).

Kirch e Copatti (2013) alertaram que as merendeiras deveriam receber cursos de capacitação nutricional, além de aprenderem técnicas de aproveitamento integral de alimentos.

José Fernando Uchôa, Diretor de Ações Educacionais do FNDE e responsável pela execução do PNAE e acredita que se deve investir mais nos atores que estão envolvidos na realização do programa, alegando que os mesmos têm um olhar mais sensível sobre o programa e alcançam todas as pessoas envolvidas para que trabalhem em conjunto (BRASIL, 2018d).

Um ponto bastante discutido na merenda escolar está associado a regionalismo, aspecto, sabor, sociabilidade, familiaridade e estranhamento. Onde algumas combinações alimentares e o horário que a merenda é servida colidem com a cultura local onde está sendo oferecido e acabam gerando estranheza, mesmo sendo alimentos conhecidos, o horário em que são ofertados tornam-se atípicos. Afinal ainda está bastante enraizada de que a comida deve ser primeiramente aprazível e depois nutritiva (FREITAS et al., 2013) o que mostra a necessidade de um planejamento educacional constante sobre tópicos relativos à higienização dos alimentos, à preparação, à criação do cardápio e às maneiras de preparo. Os responsáveis pela manipulação dos alimentos procuram primar por preparações saudáveis e variadas, respeitando o regionalismo, não deixando de se preocupar em restringir o excesso de gordura, açúcar ou sal (CAMOZZIL et al., 2015).

De acordo com a Resolução CD/FNDE nº 26, de 17 de junho de 2013 (BRASIL, 2013b) a escola deve oferecer no mínimo três porções de frutas e hortaliças semanalmente e que as bebidas oferecidas devem ser à base de frutas. A alimentação servida deve seguir os seguintes critérios: Creches ou pré-escolas em período parcial devem oferecer minimamente 30% (trinta por cento) das necessidades nutricionais, na qual essa quantidade pode ser distribuída em no mínimo em duas refeições, ou 70% (setenta por cento) das necessidades nutricionais, quando há a oferta de três refeições, para as creches ou pré-escolas em período integral incluindo comunidades indígenas ou áreas remanescentes de quilombos.

Em escolas localizadas em comunidades indígenas ou em áreas remanescentes de quilombos, a merenda escolar deve ofertar minimamente 30% (trinta por cento) das necessidades nutricionais diárias, por refeição distribuída, exceto creches.

Nas escolas básicas exceto creches, a alimentação servida deve atender minimamente 20% (vinte por cento) das necessidades nutricionais diárias quando se é ofertada uma refeição em períodos parciais e 30% (trinta por cento) das necessidades diárias ao se ofertar duas ou mais refeições.

Os alunos participantes do Programa Mais Educação devem receber uma alimentação com no mínimo 70% (setenta por cento) das necessidades nutricionais, podendo ser distribuída em três ou mais refeições para os matriculados em escolas de tempo integral. Esse aumento das necessidades diárias em escolas ajuda a minimizar a desnutrição e a desigualdade social (BRASIL, 2013b). Principalmente em comunidades indígenas ou áreas remanescentes de quilombos.

Além de a escola ser uma unidade promotora de saúde, possui um papel importante na formação cidadã dos alunos. Essa formação se baseia no estímulo da autonomia, aprendendo a exercitar direitos e deveres, além de cultivar bons comportamentos em sociedade. A promoção da alimentação saudável impacta na saúde, na autoestima dos estudantes e, conseqüentemente, no desenvolvimento de habilidades. O problema é que, muitas vezes, a merenda escolar é usada como um

subterfúgio para diminuir a evasão escolar que, particularmente, é mais elevada com alunos de baixa renda (CAMOZZIL et al., 2015).

E muitas vezes a merenda escolar acaba por ser a única alimentação que esses alunos têm ao longo do dia, com isso garantindo a permanência deles na escola. Mostrando como o PNAE atua diretamente sobre a evasão escolar e na diminuição dos casos de desnutrição, fazendo o ambiente estudantil um refúgio para esses estudantes.

Por isso, a necessidade do cardápio escolar deve contemplar todos os grupos alimentares, cereais e tubérculos, verduras, frutas e hortaliças, leite e derivados, carnes e ovos e leguminosas. Adaptar o cardápio a sazonalidade local garante alimentos sempre frescos e nutritivos, de menor custo, devido aos ciclos naturais e agrícolas favorecendo a compra de alimentos de agricultores familiares da região (RAMOS, 2011).

Segundo Silva, Amparo-Santos e Soares (2018) as escolas brasileiras têm predileção pelo preparo de alimentos salgados, onde a base desses pratos é arroz e feijão. Alegando que essa predileção se dá pela associação cultural alimentar nacional, que vem desde a infância. Sendo considerado um alimento de identidade nacional a combinação de arroz e feijão por si só traz o apelo cultural, o que resulta em um conforto alimentar. Facilitando a aceitação do alimento, mesmo em horas não costumeiras, como o período do intervalo que corresponde as dez horas da manhã, três horas da tarde sete horas da noite.

Valentim et al. (2017) acreditam que a merenda escolar pode não atender as preferências alimentares dos alunos. E essa hipótese se respalda pelo grande número de estudantes que não consomem a merenda escolar por darem preferência a outros alimentos, e em sua maioria esses estudantes são adolescentes. Esses alimentos competidores da merenda escolar não estão diretamente somente associados a cantinas comerciais, os pontos de vendas próximos as escolas tendem a ter sua parcela de contribuição.

Cervato-Mancuso et al. (2013) apontaram que o padrão da merenda escolar vem, ao longo dos anos, mudando no Brasil, usando cada vez menos produtos industrializados para dar preferência para alimentos in natura.

Os alimentos processados não são muito bem vistos pelo Brasil, no preparo da alimentação escolar, devido aos métodos de processamento utilizados na fabricação que acabam por alterar de maneira desfavorável a sua composição nutricional, devido a grande adição de sal ou açúcar que são submetidos. Por isso os mesmos devem ser usados em pequenas quantidades, e em conjunto com alimentos saudáveis (BRASIL, 2014).

Em alguns estados do Brasil as cantinas escolares são proibidas de venderem alimentos não saudáveis como salgadinhos fritos, bebidas com alto teor calórico, doces, refrigerantes, sucos industrializados e pipoca doce (VALENTIM et al., 2017). São medidas que dificultam o acesso a alimentos não saudáveis, entretanto o estudante ainda pode adquirir os mesmos em pontos de vendas nas proximidades escolares, ou trazer de casa.

A maioria desses alimentos competidores da merenda escolar é considerada como alimento ultra processado, se encontra facilmente inserido na cultura e por isso, seu consumo acaba fazendo parte do cotidiano. Por meio de sua composição nutricional desbalanceada são alimentos que acabam por favorecer a propensão de doenças cardíacas, diabetes e vários tipos de câncer, além de contribuir para aumentar o risco de deficiências nutricionais e aumentando o risco de obesidade (BRASIL, 2014).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) já passou por várias adaptações e denominações até chegar ao modelo que se tem hoje. Porém o mesmo sempre manteve o objetivo de fornecer aos estudantes de escola pública uma alimentação segura e de qualidade. O PNAE por muitos anos foi menosprezado como uma política para pobre ir para a escola, mas ao longo de pouco mais de 60 anos, e por meio de muita luta, se tornou referência mundial em programas de alimentação escolar sendo reconhecido como o maior da América Latina.

O programa abarca toda a educação básica, educação indígena, áreas remanescentes de quilombos, alunos da educação especial, escolas filantrópicas,

alunos do Programa Mais Educação, e para jovens e adultos matriculados em escolas públicas.

E por meio da merenda escolar, que o PNAE conseguiu manter todos esses estudantes na escola, diminuir a desnutrição, melhorar o desempenho escolar, contribuir para o desenvolvimento fisiológico e cognitivo, construir hábitos saudáveis e formar cidadãos.

Em segundo plano o PNAE promove o desenvolvimento econômico local estimulando a agricultura familiar. Preservando a cultura alimentar de cada região, o que diminui a interferência de alimentos industrializados e estimula o consumo de uma alimentação saudável.

Além de criar hábitos alimentares saudáveis, que por consequência, diminuem as chances de doenças crônicas não transmissíveis como dos problemas cardíacos, diabetes e vários tipos de câncer, também contribui para diminuir deficiências nutricionais e o risco de obesidade. Doenças que estão cada vez mais presente nos jovens devido a má alimentação.

Conclui-se que o PNAE é uma política pública de alimentação escolar, que proporciona aos estudantes uma alimentação saudável e digna que contempla minimamente as necessidades diárias nutricionais. E através dessa merenda consegue diminuir o número de evasão dos alunos, melhorando o rendimento educacional, promovendo saúde e estimulando o desenvolvimento econômico social e local.

Todavia, não se pode excluir que na realidade muitos estudantes frequentam as escolas unicamente por ser, muitas vezes, o único lugar onde podem ter uma nutrição satisfatória, o que leva à necessidade de que o governo continue a investir em políticas públicas que possam melhorar a qualidade de vida dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BELIK, W.; CHAIM, N. A.; O programa nacional de alimentação escolar e a gestão municipal: eficiência administrativa, controle social e desenvolvimento local. **Rev. Nutr.**, Campinas, v. 22, n. 5, p. 595-607, set./out. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** atualizada até a EC n. 99/2017. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019. ISBN: 978-85-61435-84-4.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 37.106, de 31 de Março de 1955.** Institui a companhia da Merenda Escolar. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-37106-31-marco-1955-332702-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 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: 4 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação (MEC). **Programa Nacional de Formação Continuada a Distância nas Ações do FNDE.** 2.ed., atual. Brasília: MEC, FNDE, SEED, 2008.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009.** 2009a. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2009/lei/l11947.htm. Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução/CD/ FNDE no 38, de 16 de julho de 2009.** 2009b. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/3341-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-38-de-16-de-julho-de-2009>. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. **Políticas de Alimentação Escolar / Lorena Gonçalves Chaves Medeiros.** 4. ed. atual. rev. Cuiabá: Universidade Federal de Mato Grosso, Rede e-Tec Brasil, 2013a. ISBN 85-86290.

BRASIL. **Resolução CD/FNDE nº 26, de 17 de junho de 2013.** 2013b. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. Disponível em: [HTTPS://www.fnde.gov.br/fndelegis/action/UrlPublicasAction.php?acao=getAtoPublico&sgl_tipo=RES&num_ato=00000026&seq_ato=000&vlr_ano=2013&sgl_orgao=FND E/MEC](https://www.fnde.gov.br/fndelegis/action/UrlPublicasAction.php?acao=getAtoPublico&sgl_tipo=RES&num_ato=00000026&seq_ato=000&vlr_ano=2013&sgl_orgao=FND E/MEC). Acesso em: 15 dez 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Guia alimentar para a população brasileira** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. ISBN 978-85-334-2176.

BRASIL. Governo do Brasil. **Programa nacional de alimentação escolar completa 62 anos.** 2017a. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/educacao-e-ciencia/2017/03/programa-nacional-de-alimentacao-escolar-completa-62-anos>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Cartilha para conselheiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE).** Brasília: TCU, 2017b.

BRASIL. Ministério da Educação. **Cartilha Nacional da Alimentação Escolar.** Brasília: [s.n.], 2015. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/programa/pnae/penae-area-para-gestores/penae-manuais-cartilhas/item/6820-cartilha-pnae-2015> Acesso em: 06 dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Programa de suplementação:** sobre o PNAE. 2018b. Disponível em: <http://www.fnde.gov.br/programas/pnae>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Programa de suplementação, PNAE – Histórico.** 2018a Disponível em: <http://www.fnde.gov.br/programas/programas-suplementares/pnae-sobre-o-programa/pnae-historico>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Repasses de Recursos- FNDE repassa R\$ 489 milhões para alimentação e transporte escolar.** 2018c. Disponível em: [https://www.fnde.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/area-de-imprensa/noticias/item/12066-fnde-repassa-r\\$-489-milh%C3%B5es-para-alimenta%C3%A7%C3%A3o-e-transporte-escolar](https://www.fnde.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/area-de-imprensa/noticias/item/12066-fnde-repassa-r$-489-milh%C3%B5es-para-alimenta%C3%A7%C3%A3o-e-transporte-escolar). Acesso em: 7 dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Referência na ONU, Programa Nacional de Alimentação Escolar completa 63 anos.** 2018d. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/busca-geral/384-noticias/fnde-1801140772/62281-referencia-na-onu-programa-nacional-de-alimentacao-escolar-complet%E2%80%A6>. Acesso em: 10 nov. 2018.

CARVALHO, A. P. L. S. Importância da Alimentação para Melhorias na Aprendizagem de Crianças em Unidades Públicas De Ensino: Revisão Integrativa. **Revista Somma**, Teresina, v.2, n.2, p.74-83, jul./dez. 2016.

CAMOZZIL, A. B. *et al.* O. Promoção da Alimentação Saudável na Escola: realidade ou utopia? **Cad. Saúde Colet**, Rio de Janeiro, v. 23 n. 1, p. 32-37, 2015. DOI: 10.1590/1414-462X201500010006.

CAVASSIN, P. M.; PINHO, K. E. P. **Influência da Alimentação no Desenvolvimento do Aluno e na Aprendizagem Escolar**. Curitiba: SEP, 2013. v. 1. (Cadernos PDE). Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2013_utfpr_cien_artigo_paulo_martins_cavassin.pdf. Acesso em: 4 abr. 2019.

CERVATO-MANCUSO, AM.; WESTPHAL, M. F.; ARAKI, E. L.; BOGUS, C. M. O papel da alimentação escolar na formação dos hábitos alimentares. **Ver. Paul. Pediatr.**, São Paulo, v. 31, n. 3, p. 324-330, 2013.

DOS SANTOS, S. R.; COSTA, M. B. S.; BANDEIRA, G. T. P. As formas de gestão do programa nacional de alimentação escolar (PNAE). **Revista de Salud Pública**, Bogotá, v.18 n. 2, p. 311-322, abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.15446/rsap.v18n2.41483>.

FREITAS, M. C. S. *et al.* Escola: lugar de estudar e de comer. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 979-985, 2013.

LIBERMANN, A. P; BERTOLINI, G. R. F. Tendências de pesquisa em políticas públicas: uma avaliação do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 20, n. 11, p. 3533-3546, 2015. DOI: 10.1590/1413-812320152011.16822014.

KIRCH, A. T.; COPATTI, L. C. O Direito à Alimentação De Crianças e Adolescentes: uma discussão acerca do papel dos poderes do Estado e da sociedade civil em prol da concretização. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, São Paulo, v. 17, n. 26. 2013. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/839>. Acesso em: 3 dez. 2018.

MELÃO, I. B. Produtos Sustentáveis na Alimentação Escolar: O PNAE no Paraná. **Cad. IPARDES**, Curitiba, PR, v.2, n.2, p. 87-105, jul./dez. 2012.

RAMOS, M. O. "As crianças estão se sentindo importantes": Avanços na alimentação escolar a partir da lei 11. 947/2009 e da compra da Agricultura familiar. **Revista Trajetória: Multicursos**, Rio Grande do Sul: Porto Alegre. 2011.

ROSSETTIL, F. X.; WINNIE, LoWaiYee; SILVA, M.V. O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e o desafio da aquisição de alimentos regionais e saudáveis. **Segurança Alimentar e Nutricional**, Campinas, v. 23, n. 2, p. 912-923, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.20396/san.V23i2.8647528>.

SANTOS, L. F.; DE CAMPOS, A. P. T.; FERREIRA, M. A. M.; DE FREITAS, A. F. Implicações das redes sociais para o acesso às políticas públicas: análise em cooperativas da agricultura familiar. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, Taubaté, SP, v. 14, n. 1, p. 329-353, jan./abr. 2018.

SILVA, E. O.; AMPARO-SANTOS, L.; SOARES, M. D. Alimentação escolar e constituição de identidades dos escolares: da merenda para pobres ao direito à alimentação. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, 2018. DOI: 10.1590/0102-311X00142617.

STOLASKI, M.; **Caminhos da Alimentação Escolar no Brasil: análise de uma política pública no período de 2003–2004**. 2005. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico com ênfase em Políticas Públicas) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade do Paraná, Curitiba, 2005.

VALENTIM, E. A. *et al.* Fatores associados à adesão à alimentação escolar por adolescentes de escolas públicas estaduais de Colombo, Paraná, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 10, 2017.

VALERIANI, T, S, M.; **A gestão escolarizada do Programa de alimentação Escolar no Estado de Goiás**. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Escola Superior de Agricultura “Luiz Queiroz” da Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2011.

WANDERLEY, M. de N. B. **O mundo rural como um espaço de vida**: reflexões sobre a propriedade da terra, agricultura familiar e ruralidade. Porto Alegre: UFRGS, 2009. (Série Estudos Rurais).

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v2n44p114-130>

POLÍTICAS PÚBLICAS: ABORDAGENS ACERCA DA ALTERAÇÃO DE NOME E DE GÊNERO DE PESSOAS TRANS

PUBLIC POLICY: APPROACHES ABOUT CHANGE OF NAME AND GENDER OF TRANSPERSONS

Francisco Antonio Vieira Cordeiro*

Sandramor do Amaral Ferreira**

Maria Geralda de Miranda***

Resumo: O presente artigo tem como objetivo realizar uma abordagem sobre a possibilidade de pessoas transexuais conseguirem realizar a alteração do nome e do sexo no Registro Civil. A importância do assunto se faz necessária pelo fato de que atualmente a alteração do nome e do sexo no registro civil é uma forma de atender ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para atingirmos o objetivo proposto, utilizaremos a pesquisa bibliográfica realizada em livros, periódicos especializados, além de outras publicações, com dados relacionados ao assunto em estudo. Pelo fato do presente trabalho ser de caráter interdisciplinar, nos basearemos no Pensamento Pós-Estruturalista, com suas expansões pelos Estudos de Gênero e a Teoria queer, que tem contribuído com as reflexões sobre gênero, corporeidade, sexualidade, além das discussões identitárias e sociais da contemporaneidade.

Palavras-chave: Gênero. Transexualidade. Registro Civil. Nome Social.

Abstract: The aim of this article is to analyze the possibility of transsexuals being able to change their names and sex in the Civil Registry. The importance of the subject is made necessary by the fact that currently the change of name and sex in the civil registry is a way of meeting the principle of the dignity of the human person. In order to reach the proposed objective, we will use bibliographical research carried out in books, specialized periodicals, as well as other publications, with data related to the subject under study. Because the present work is of an interdisciplinary nature, we will base ourselves on Post-Structuralist Thought, with its expansions by Gender Studies and Queer Theory, which have contributed to the reflections on gender, corporeality, sexuality, beyond the identity and social discussions of contemporaneity.

* Mestrando em Desenvolvimento Local, Centro Universitário Augusto Motta. E-mail: frcord@gmail.com.

** Mestranda em Desenvolvimento Local, Centro Universitário Augusto Motta. E-mail: sandramorcarpe.diem@hotmail.com

*** Mestre em Literatura Comparada com ênfase nos estudos culturais pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Doutora em Letras com ênfase em estudos pós-coloniais, também pela UFF. Professora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local, do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM.

Keywords: Gender. Transsexuality. Civil Registration. Social Name.

1 INTRODUÇÃO

As tentativas dos indivíduos transexuais de buscar um nome condizente com sua identidade têm chegado a destinos diferentes no Brasil, visto que ainda não existe uma legislação específica que aborde o assunto. Desse modo, o presente artigo tem como objetivo realizar uma abordagem sobre a possibilidade de pessoas transexuais conseguirem realizar a alteração do nome e do sexo no Registro Civil. Trata-se de um estudo que perpassa as relações oriundas de identidade de gênero. A importância do presente estudo se faz necessária pelo fato de que atualmente a alteração do nome e do sexo no registro civil vislumbra uma forma de atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, que está inserida na Constituição Federal de 1988, como direito fundamental.

2 TRANSEXUALIDADE: UMA EXPERIÊNCIA IDENTITÁRIA

Transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Neste contexto, podemos dizer que transexual “é aquele indivíduo biologicamente perfeito, mas acredita pertencer ao sexo contrário à sua anatomia” (SÁ; NAVES, 2006, p. 227).

A transexualidade é um componente que revela “o caráter fluído e instável das identidades sexuais” (LOURO, 2004, p.31). Os corpos artificialmente edificados indicam, concreta e simbolicamente, as possibilidades de proliferação e multiplicação das identidades de gênero e das sexualidades (BENTO, 2006).

Os processos de estigmatização que os transexuais sofrem são decorrentes do rompimento com os modelos previamente dados pela normatização, ficando com isso, marcados negativamente e desprovidos de direitos a ter direitos, o chamado “corpo abjeto”.

Butler (2003) posiciona as mulheres transexuais no plano do abjeto, corpos expostos às várias formas de violência cuja existência parece não importar. De fato, importam, conquanto os abjetos precisam estar lá, ainda que numa “higiênica” distância, para demarcar as fronteiras da normalidade, de sorte que

O abjeto designa aqui precisamente aquelas zonas “invisíveis”, inabitáveis da vida social que, sem dúvida, estão densamente povoadas por aqueles que não gozam da hierarquia dos sujeitos, mas cuja condição de viver sob o signo do “invisível” é necessária para circunscrever a esfera dos sujeitos (BUTLER, 2003, p. 19).

Segundo Bento (2008), a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero. Isto é, para os interesses da discussão desse trabalho, a mulher transexual é aquela que, a despeito de ter nascido com pênis e aparelho reprodutor masculino, possui identidade de gênero feminina, se reconhece enquanto mulher e deve, portanto, ser tratada como tal.

Portanto, entende-se que as instituições sociais esvaziam de qualquer humanidade os transexuais, invisibilizando-os de seus direitos e de sua cidadania.

3 SEXO E GÊNERO

Para Butler (2012), a dicotomia sexo/gênero se apresenta como alicerce de fundação da política feminista, partindo da ideia de que sexo é algo natural e gênero é produto da construção social. Para a autora, o sexo natural não é o determinante de se dizer que o “homem” pertença a um corpo masculino ou que a expressão “mulher” signifique que seu corpo seja feminino.

A autora vai mais além, quando aponta para a ideia de que gênero quando considerado independente e não se apresentar como sistema binário, reflete ou está restrito ao sexo. Por esse viés, as expressões “homem” e “masculino” poderiam estar tanto para um corpo feminino quanto para um masculino e vice-versa.

A partir dessas premissas, a autora constrói sua argumentação sobre essa dualidade:

Se o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não faz sentido definir o gênero como a interpretação cultural do sexo. O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar

também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. Resulta daí que o gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele também é o meio discursivo/cultural pelo qual 'a natureza sexuada' ou 'um sexo natural' é produzido e estabelecido como 'pré-discursivo', anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra sobre a qual age a cultura (BUTLER, 2012, p. 25).

Nessa perspectiva, Butler (2012) desconstrói a dicotomia sexo/gênero, ou seja, o sexo não é natural, mas pode ser também discursivo e cultural, assim como o gênero tem sido considerado. Assim, se sexo e gênero são socialmente construídos, devem ser considerados a mesma coisa, não havendo distinção entre ambos. Dessa forma, a autora nos leva a pensar no fim da lógica de que dependendo do órgão sexual da criança, ela será menina ou menino.

Ainda nessa concepção, ao tratar o sexo como natural e o gênero como construído, é aceitar também que o gênero seja essência do sujeito. O gênero seria também "um ponto relativo de convergência entre conjuntos específicos de relações, cultural e historicamente convergentes" (BUTLER, 2012, p. 29).

Para Butler (2003), a hipótese de um sistema binário dos gêneros encerra implicitamente a crença numa relação mimética entre gênero e sexo, na qual o gênero reflete o sexo ou é por ele restrito. Quando o status construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a consequência de que homem e masculino podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino. (BUTLER, 2003, p. 24-5).

Nesse sentido, Butler (2003) afirma ainda que nossa linguagem opera em binarismos, de forma que o hegemônico só se constrói em uma oposição necessária a algo inferiorizado e subordinado. Assim, em um exemplo caro aos queer, a heterossexualidade só existe em oposição à homossexualidade, compreendida como seu negativo inferior e abjeto. Ainda que não expressa, a homossexualidade é o outro sem o qual o hegemônico não se constitui nem tem como descrever a si próprio.

4 A TEORIA *QUEER*

A Teoria *Queer* surge nos Estados Unidos no final da década de 1980, como crítica a estudos da sociologia que tratavam “sobre minorias sexuais e gênero”. Esse projeto passou a ter reconhecimento a partir de palestras dadas em Universidades, que tratavam sobre a dinamicidade da sexualidade (MISKOLCI, 2009, p.150).

Nesse sentido:

Teórica e metodologicamente, os estudos queer surgiram de um encontro entre uma corrente da Filosofia e dos Estudos Culturais norte-americanos com o pós-estruturalismo francês, que problematizou concepções clássicas de sujeito, identidade, agência e identificação [...] ainda que haja variações entre os diversos autores, é possível afirmar que o sujeito no pós-estruturalismo é sempre encarado como provisório, circunstancial e cindido (MISKOLCI, 2009, p.152).

Já o diálogo com as ciências sociais foi composto por estranhamento e afinidade em prol da compreensão da sexualidade no contexto social e histórico, porque até 1990, a sociologia considerava a ordem social a partir da heterossexualidade. Desse modo, ao rejeitarem o pensamento sociológico, teóricos queer usaram o termo como xingamento e ao mesmo tempo como compromisso no desenvolvimento de uma “analítica da normalização” centrada na questão da sexualidade (MISKOLCI, 2009, p.150, 151).

Com base nos estudos de Foucault (2005), o autor afirma “que a sexualidade não é proibida, antes produzida por meio de discursos”, porque a forma de organização e de produção do conhecimento está centrada por parte de quem domina os saberes, tornando a sexualidade objeto de análise de vários estudiosos (MISKOLCI, 2009, p. 153).

Louro (2016), ao tratar sobre o tema em questão, traz alguns conceitos para a expressão *Queer*, como:

Queer é estranho, raro, esquisito. [...] o sujeito da sexualidade desviante – homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, drags. É o excêntrico que não deseja ser ‘integrado’ e muito menos ‘tolerado’. [...] é um jeito de pensar e de ser [...]. Queer é um corpo estranho que incomoda, perturba, provoca e fascina (LOURO, 2016, p. 7-8).

Nesse sentido, podemos compreender que as pessoas inseridas nesses grupos citados pela autora podem ser consideradas estranhas, excêntricas,

provocantes, fascinantes pelo fato de não estarem em grupos considerados normais pela ordem social, ou seja, pelo sexo ou gênero masculino e feminino, como tradicionalmente se conhece. A expressão queer também é usada para reconhecer pessoas homossexuais e usada por elas em oposição e contestação contra a heteronormatividade (LOURO, 2016).

5 DISPOSITIVO DA SEXUALIDADE: PRODUÇÃO E GERÊNCIA DE SUJEITOS TRANS

Segundo Foucault (1998), a sexualidade e suas normas sociais constituem um forte campo de poder em que pessoas e indivíduos são localizados, hierarquizados e punidos, caso fujam às regras. Na sociedade ocidental em que vivemos, há um padrão social de linearidade entre sexo, gênero e desejo.

Foucault (1999) afirma que a sexualidade é um dispositivo que opera por meio de um conjunto heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas.

Desse modo, o dispositivo da sexualidade torna-se mais potente porque opera em um ponto de intercessão do biopoder. A construção dos corpos, regulação das práticas e delimitação dos gêneros multiplica-se no controle da reprodução e em rituais de concepção. Desta feita, as normas sexuais são fundamentais na construção das tecnologias de poder em nossa sociedade, e os desviantes são produzidos enquanto categoria pela mesma estratégia que os pune constantemente.

Foucault (1998) explicita que o poder produz formas de experimentação e vivência da sexualidade como ilegítimas, não para exterminá-las totalmente, mas sim para a manutenção das relações de poder. E acrescenta que o poder “é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada” (FOUCAULT, 1998, p.103). Além disso, o poder se dá em relações, em toda parte, não sendo detido por um único agente.

O autor nos adverte que onde há poder há resistência, o que vai remeter nessa pesquisa ao apelo às mulheres trans vítimas da violência que produzam maneiras alternativas de poder e resistência, agindo como sujeitos livres, uma vez que o autor diferencia relações de poder e de dominação. “As relações de poder não

podem existir senão em função de uma multiplicidade de pontos de resistência; elas (as resistências) são o outro termo das relações de poder” (FOUCAULT, 1998, p. 91).

Judith Butler (2003), reinterpretando a teoria foucaultiana da sexualidade como dispositivo, questiona como a construção de uma divisão ontológica dos gêneros - que pressupõe a continuação coerente entre sexo, gênero e sexualidade - é fundamental para a manutenção de um mundo heterossexual e heterossexista que cria e ordena normas que exigem a inteligibilidade de gênero para que o indivíduo possa ter inteligibilidade social. A desconformidade entre essas categorias reserva às identidades ininteligíveis o status de subumanidade e o locus marginal em que ocupam os abjetos.

Assim, de uma pessoa que tenha um pênis, por exemplo, espera-se que tenha gestos e comportamentos reconhecidos como masculinos e que deseje o corpo de uma pessoa que possua uma genitália oposta a sua (BUTLER, 2003).

Esta linearidade, contudo, é uma invenção social, como nos diz Butler (2003). Ela defende a ideia de que a heteronormatividade é um padrão social instituído que não se sustenta na vida cotidiana concreta. Para a autora, o gênero é:

A estilização repetida do corpo, um conjunto de atos repetidos no interior de uma estrutura reguladora altamente rígida, a qual se cristaliza no tempo para produzir a aparência de uma substância, de uma classe natural de ser (BUTLER, 2003, p. 59).

É através destes atos repetidos que o gênero é naturalizado. Nas proposições de Butler (2003), não existe uma linearidade rígida entre sexo, gênero e desejo e tais categorias podem constituir uma complexidade sempre aberta, estabelecida a partir das vivências cotidianas dos grupos sociais, na sua conexão entre tempo e espaço.

Em virtude disso, um dos maiores esforços dos estudos Queer reside na crítica ao que Butler (2012) chama de “heterossexualidade compulsória”, isto é, um padrão normativo hegemônico fundado nas relações heterossexuais, as quais são vistas como as únicas reconhecíveis e legítimas. Butler (2012) aborda o conceito de “gêneros inteligíveis” que, segundo ela, são aqueles que instituem e mantêm relações e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo. De maneira que,

certos tipos de identidade de gênero não se conformam às normas de inteligibilidade cultural – a transexualidade, por exemplo – o que as faz parecer falhas no desenvolvimento e com impossibilidades lógicas. As identidades de gênero só se tornam inteligíveis por intermédio de uma única matriz cultural: a heterossexualidade compulsória (BUTLER, 2012).

Por compreendermos que a sexualidade não é algo dado, natural e imutável, mas uma construção histórica e social sobre os modos de sentir e experimentar o corpo, os desejos e as relações, nos basearemos nas contribuições de Foucault (2004) quando afirma que a sexualidade é algo que nós mesmos criamos – ela é nossa própria criação, ou melhor, ela não é a descoberta de um aspecto secreto de nosso desejo.

Berenice Bento, pesquisadora da área do Direito Civil e das Ciências Sociais (2006, p. 132) assevera que a experiência transexual é um dos desdobramentos do dispositivo da sexualidade, sendo possível observá-la como acontecimento histórico. E ressalta, também, tal como Foucault e Butler, o insaciável apetite do discurso médico em dilacerar a experiência transexual, produzindo-a como anomalia a ser tratada e, talvez, 'consertada'. As proposições médicas, todas profundamente ancoradas no dispositivo da sexualidade e na heterossexualidade compulsória, geraram protocolos para o diagnóstico do "verdadeiro transexual" (BENTO, 2006, p. 43), ou seja, aquele ou aquela passível de submissão às cirurgias de redesignação genital. Dessa forma, a experiência transexual é renegada a anomalia mental e, ao ser tomada como patologia após a execução de um longo protocolo médico-psicológico, confere o direito ao sujeito transexual da cirurgia de transgenitalização ou adequação sexual.

6 POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÃO DO NOME POR PESSOAS TRANSEXUAIS

O nome é um dos direitos da personalidade mais importantes, tendo em vista que o nome é a designação pela qual a pessoa é conhecida no mundo. Nesse sentido, Rosenvald e Farias ratificam: "O nome civil é o sinal exterior pelo qual são

reconhecidas e designadas as pessoas, no seio familiar e social.” (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 239)

Nesse sentido, Moraes (2000, p. 52) informa:

A relevância do nome, então, não se reduz, como outrora, à designação como pertencente a determinada família. O nome hoje, conforme a doutrina de Cornu, tende a se “integrar à pessoa até se tornar o sustentáculo dos outros elementos, o anteparo da identidade da pessoa, a sede do seu amor-próprio”. Neste sentido, uma nova luz foi trazida pela Psicanálise, ao estabelecer que o nome é suporte não só da identidade social, mas também da identidade subjetiva. (MORAES, 2000, p. 52).

A referida autora ainda acrescenta que o nome não se trata apenas de um direito, sendo também um dever: “Ele é também um dever, o dever que se tem de ser identificado socialmente, cumprindo a função de “sinal distintivo”. Aqui o que se leva em consideração é a sua função identificadora do indivíduo, não mais em relação a si mesmo, à sua personalidade e dignidade, mas em relação à comunidade em que se encontra inserido e ao Estado.” (MORAES, 2000, p. 54).

O art. 16 do Código Civil determina: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. No Brasil, não existe uma lei que regule a identidade de gênero. A LRP, perante o sistema normativo nacional, é a responsável pelo registro do prenome e gênero de uma pessoa em cartório de Registro Civil. Ela usa como parâmetro o sexo biológico, que já se demonstrou falho, para definir o prenome e gênero a ser declarado na certidão de nascimento e demais documentos que se seguirão na vida de uma pessoa (CHAVES, 2000).

Essa norma é extremamente restritiva e admite a substituição de prenome somente em algumas disposições. O artigo 58, por exemplo, consente que seja acrescentado ou suprimido o nome por apelidos públicos notórios, é o caso das celebridades e dos políticos, bem como admite a permuta visando à segurança de quem tenha sido ameaçado ou coagido em face de colaboração com a investigação criminal (GARCIA; LAZARI, 2015, p. 97).

Embora o princípio seja a imutabilidade do prenome, considerando-se os artigos 55 e 57, da Lei de Registros Públicos, entende-se que caso o nome imponha constrangimento à pessoa, expondo seu portador ao ridículo, esse poderá ser

alterado. Por esses termos, essa tem sido a base jurídica utilizada nos pedidos de mudança do nome de transexuais.

Nesses termos, Bento (2014) define a nossa legislação como normativa de caráter autorizativo, visto que sendo o gênero determinado apenas pela "predestinação escrita nos hormônios, o sujeito precisará de especialistas para atestar e fundamentar a autorização de alteração, a sua autodeterminação de identidade de gênero.

Para Bahia e Cancelier (2017), essa realidade tem transformado o procedimento de alteração do nome civil dos transexuais em um processo não só penoso, mas extremamente biologizante, que concede ao juiz um poder de interpretar laudos e escutar testemunhas antes de proferir sua sentença e dar a palavra final acerca da aplicabilidade ou não, no caso concreto, de um direito que é inerente à autoidentidade de gênero.

O nome constitui elemento indispensável para o desenvolvimento da personalidade e que criar empecilhos ao uso do nome compatível com a identidade do seu titular fere diretamente a dignidade da pessoa humana, indo de encontro ao objetivo principal dos direitos da personalidade.

Sucede que da década de 70 adiante, período da publicação da LRP, poucas foram as inserções feitas na mencionada lei. As transformações sociais clamam por modificações nas leis e esta não poderia ser diferente com a identidade de gênero. Compreende-se que a legislação é o alicerce para as decisões judiciais. Ocorre que o regramento legislativo muitas vezes é omissivo e defasado. Nesses casos, o Poder Judiciário, mesmo sem lei, tem que julgar e o socorro terá de vir de institutos como o direito comparado e os princípios gerais do Direito.

Nesse contexto, a alteração de prenome e gênero sem a imposição de cirurgia é medida de promoção a igualdade social, baseada em valores supremos como o da dignidade da pessoa humana. Dispondo sobre este princípio, tem-se que:

A dignidade da pessoa humana é o valor-base de interpretação de qualquer sistema jurídico, internacional ou nacional, que possa se considerar compatível com os valores éticos, notadamente da moral, da justiça e da democracia. Pensar em dignidade da pessoa humana significa, acima de tudo, colocar a pessoa humana como centro e norte para qualquer processo

jurídico de interpretação, seja na elaboração da norma, seja na sua aplicação (GARCIA; LAZARI, 2015, p. 97).

Desse modo, depreende-se a relevância do direito à identidade de gênero. Não pode o Estado negar a alteração de prenome e gênero baseando-se em critérios puramente genéticos, haja vista a superação da antiga distinção homem, gênero masculino versus mulher, gênero feminino.

O direito à identidade da população trans tem alcançado, aos poucos, relevância e avanços no reconhecimento destes indivíduos como pessoas detentoras de direitos. No país, ainda não há legislação que regulamente ou determine a alteração imediata. Assim, resta a trans pleitear a alteração por via judicial. A competência para legislar sobre registros públicos, tanto de pessoas naturais, quando de pessoas jurídicas, registros imóveis e o de título de documentos, segundo a Constituição Federal de 1988, é privativa da União, conforme art. 22, XXV. A Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), mesmo sendo anterior à constituição, ainda encontra-se em vigor, sofrendo apenas algumas alterações.

O dispositivo legal destaca que os transexuais, inclusive os que não se submeteram à cirurgia transgenital, têm o direito de mudar o gênero no registro civil. Assim entendeu a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao reformar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou a alteração do sexo e autorizou apenas um novo prenome a uma pessoa que se identifica como mulher. No dia 09 de maio de 2017, durante o julgamento do RESP 1.626.739/RS. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou entendimento no sentido da viabilidade de mudança do nome e do estado sexual do transexual submetido a procedimento cirúrgico de mudança sexual. Para o colegiado, a identidade psicossocial prevalece em relação à identidade biológica, não sendo a intervenção médica nos órgãos sexuais um requisito para a alteração de gênero em documentos públicos.

Em decisão de 1/03/2018, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275/2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo (BRASIL, 2018a).

Entretanto, a proteção aos direitos dos grupos vulneráveis a usufruir uma vida digna tem embasamento em decisões recentes das cortes superiores que analisam as questões de discriminação à luz da Constituição Federal, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

A Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, em julgado de 18/11/2009, no recurso especial 1008398-SP, decidiu que negar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

E acrescenta:

Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana. Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. (BRASIL, 2009).

A proteção do direito à sexualidade está diretamente ligada ao reconhecimento da dignidade humana de cada um de forma livre, tendo como base a liberdade e a igualdade, princípios básicos das declarações de direitos humanos e do constitucionalismo clássico. Os direitos sexuais, baseados num modelo social-democrático, liberal e laico são fundamentados na autodeterminação, utilizando-se como base a liberdade sexual, liberdade de decisão, o respeito à intimidade e à equidade, e o acesso à informação, aos serviços e a recursos sociais. As políticas públicas de reconhecimento de nome social e o acesso a processos de retificação de

registro civil visam a garantir a dignidade e a cidadania da população de transexuais, travestis e demais identidades de gênero dissidentes da “cis-heteronormatividade” e à lógica binária das relações de gênero, chamada de binarismo de gênero. (BUGLIONE, 2007)

No Brasil, ainda existe grande resistência na formulação de legislação específica para a alteração do nome e da retificação do registro civil de população transexual, tendo em vista o grande número de pessoas ligadas ao cristianismo no legislativo brasileiro. Os pedidos de retificação de registro civil baseiam-se somente na doutrina atual, bem como na jurisprudência, porém as decisões são baseadas no bom senso do poder judiciário.

A tendência universal é o reconhecimento da identidade de gênero, nela compreendido o direito de retificar prenome e gênero no registro civil, sem que seja necessário recorrer a subterfúgios como a cirurgia para a mudança de sexo.

Compreende-se que o acesso à cidadania para a população trans, no Brasil, ainda é limitado, tendo em vista que não há, até a presente data, legislação específica que trate de garantias e direitos envolvendo identidades de gênero minoritárias, fazendo com que a população trans passe por diversos constrangimentos sociais e psicológicos no convívio em sociedade.

A inexistência de lei específica que dê o direito à retificação de nome e sexo aos indivíduos transexuais e travestis pela diferenciação de seu sexo biológico e sua identidade de gênero tem feito com que diversos órgãos, entidades e corporações criem mecanismos de acesso, mediante normativos internos para o uso do nome social.

Na ausência de uma legislação acerca de procedimentos para alteração de nome de pessoas trans, que não se identificam com o nome que consta na sua identidade civil, muitas instituições públicas criaram o que Berenice Bento chamou de “gambiarra legal” (2014), como possível alternativa para a solução de tal problema.

Ocorre que a chamada “gambiarra legal” vem, de fato, trazer um pouco mais de dignidade às trans, uma vez que a necessidade de propositura de ação judicial para alteração do registro civil, com atuação necessária do Ministério Público, torna-se muito morosa.

No âmbito federal, a presidência da República editou em 28 de abril de 2016 o Decreto nº 8.727, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal, autárquica e fundacional.

A norma define o nome social como a “designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida.” (BRASIL, 2016).

O decreto apresenta o procedimento para o registro do nome social nas repartições públicas federais e amplia a abrangência de seu uso, visto que, até então, a regulamentação do uso do nome social era elaborada por cada instituição isoladamente. Frise-se que o decreto não é uma norma sobre o nome, mas sobre o “nome social”, pois não interfere no registro civil.

Na mesma esteira do decreto presidencial nº 8.727/2016, de reconhecer o uso do nome social na Administração Pública Federal, o Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal André Fontes, editou em 4/10/2018, a Resolução TRF2-RSP-2018/00046, no qual, no art. 1º, assegura a possibilidade de utilização do nome social nos serviços administrativos e jurisdicionais da Justiça Federal nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo:

Art. 1º Fica assegurada a possibilidade de uso do nome social às pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários e integrantes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e das Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, notadamente, às partes, aos advogados, aos magistrados, aos servidores, aos estagiários e aos trabalhadores terceirizados, em seus registros, sistemas e documentos, na forma disciplinada por esta resolução. (BRASIL, 2018b).

Para a Resolução TRF2-RSP-2018/00046, o nome social é aquele adotado pelo indivíduo correspondente ao gênero no qual se reconhece, por meio do qual se identifica e é reconhecido na sociedade. O nome social será declarado pela própria pessoa e deverá ser observado independentemente de alteração dos documentos civis. E nos atos praticados por magistrados, servidores e estagiários, será desnecessária a indicação do nome civil, bastando para a identificação o uso do nome social.

Interessante observar que a diretriz na aplicação dessa política pública, abrange também a conscientização e educação de todos os envolvidos na

manutenção desses valores de promoção da dignidade humana, quando no art. 6º prevê mecanismos para a formação contínua de magistrados, servidores, estagiários e terceirizados sobre a temática da diversidade sexual e de identidade de gênero.

Art. 6º A Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF) e as unidades de Gestão de Pessoas, no âmbito de suas atribuições, promoverão a formação continuada de magistrados, servidores, estagiários e terceirizados sobre a temática da diversidade sexual e de identidade de gênero para a devida aplicação da presente Resolução. (BRASIL, 2018b).

Porém, o nome social só gera efeitos naquelas situações, o indivíduo transexual continua tendo seu direito à identidade de gênero negado. Desse modo, ao ingressar em qualquer ambiente em que o nome social não seja re-conhecido, a pessoa passa a ser tratada pelo nome de nascimento, o que não reflete a sua identificação e reitera a violência e discriminação que tais indivíduos sofrem. Por isso, é necessária a criação de uma lei específica que dê embasamento legislativo para as retificações de registro civil, bem como reconheça a identidade trans para dar a essas pessoas condições de se sentirem inseridas na sociedade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou realizar uma breve discussão sobre a possibilidade de pessoas transexuais conseguirem realizar a alteração do nome e do sexo no Registro Civil. Sobre isso, foi possível compreender que para muitos estudiosos, a questão ser homem ou mulher não significa ser masculino ou feminino necessariamente, mas um pode assumir a identidade do outro e vice-versa ou ir mais além, pois a construção da personalidade se dá através da experiência, das relações com outras pessoas, do desejo, da vivência do dia a dia.

Percebemos que o tema é amplo e envolve muitos outros aspectos, como a posição da Igreja e o olhar de outros segmentos da sociedade, como psiquiatras, antropólogos e educadores, por exemplo e, por outro lado, a atuação da militância e os movimentos LGBT, a pluralização das lutas e a construção de uma comunidade homossexual. Essas questões nos mostram as dificuldades e preconceitos por que passam os grupos dos transexuais e abrem espaço para manifestações desse grupo e seus apoiadores, em busca de igualdade de direitos, contrariando imposições de

uma ordem social que se diz mais ampla e/ou poderosa, de uma parte da sociedade que não aceita o diferente.

Entretanto, vale ressaltar que independente da opção ou identidade de gênero que cada um deseje seguir, o importante é vislumbrar o valor do ser humano, respeitá-lo e compreendê-lo enquanto participante de uma mesma sociedade, possibilitando uma ampliação de fato no mundo jurídico ao entender as singularidades na multiplicidade da sociedade, efetivando o espaço de todos sem discriminação por raça, cor, etnia, gênero e quaisquer outras.

REFERÊNCIAS

BAHIA, C. M.; CANCELIER, M. V. de L. Nome social: Direito da personalidade de um grupo vulnerável ou arremedo de cidadania? **Revista Húmus**, São Luís, v. 7, n. 19, p. 102-123, 2017.

BENTO, B. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENTO, B. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Revista Contemporânea**, [S.l.], v. 4, n.1, p. 165-182, jan./jun. 2014.

BENTO, B. **O que é transexualidade?** São Paulo: Brasiliense, 2008.

BRASIL. **Decreto nº 8.727**, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm. Acesso em: 2 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1008398 SP 2007/0273360-5**. (3. Turma). Relator: Min. Nancy Andrighi, 15 de outubro de 2009. JusBrasil, [S.l.], 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275/2009**. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello, 1 de março de 2018. 2018a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNroticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 2 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Resolução TRF2-RSP-2018/00046**, de 4 de outubro de 2018. Dispõe sobre o uso do nome social pelas pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários pelas partes,

procuradores, magistrados, servidores, estagiários e trabalhadores terceirizados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e das Seções Judiciárias do Espírito Santo e do Rio de Janeiro. 2018b. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/portal/wp-content/uploads/sites/28/2018/10/nome-social.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2018.

BUGLIONE, S. Um direito da sexualidade na dogmática jurídica: um olhar sobre as disposições legislativas e políticas públicas da América Latina e Caribe. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). **Em defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

BUTLER, J. **Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, J. Criticamente Subversiva. In: JIMÉNEZ, Rafael M, Mérida (Org.). **Sexualidades transgressoras: uma antologia de estudos queer**. Barcelona: Icaria, 2012. v. 1, p. 55-79.

CHAVES, A. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque, J. A Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e a política da identidade**. Verve: Revista do NuSol, São Paulo, n. 5, p. 260-277, 2004.

GARCIA, B. P.; LAZARI, R. de. **Manual de Direitos Humanos**. 2. ed. Salvador, BA: Jus Podivm, 2015.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização**. Sociologias, Porto Alegre, ano 11, n. 21, jan./jun. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Sobre o nome da pessoa humana**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.3, n.12, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da autonomia na determinação do estado sexual. In: CORRÊA, Elídia Ap.; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2006.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v2n44p131-144>

**"ELE DISSE QUE ME MATARIA...":
CULTURA MACHISTA, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E IMPUNIDADE**

***"HE SAID HE WOULD KILL ME ...":
SEXIST CULTURE, DOMESTIC VIOLENCE AND IMPUNITY***

Rosane Cristina de Oliveira*
Raphael Fernandes Gomes**
Webert Soares Veras***

Resumo: O objetivo deste artigo é apresentar uma breve reflexão sobre as questões que envolvem violência doméstica contra as mulheres, a problemática do machismo e a impunidade do ponto de vista jurídico. Partimos do pressuposto de que a subjugação do feminino ao longo do tempo, atrelada à perpetuação do machismo e as dificuldades de tipificar, julgar e executar as penas em relação aos casos inseridos na Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio, encontram na impunidade um dos principais instrumentos que dificulta o combate a esta modalidade de violência. Metodologicamente, este trabalho alicerçou-se em pesquisa bibliográfica, exploratória e documental, apresentando uma breve análise do Relatório "O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha", publicado em 2018.

Palavras-chave: Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Feminicídio.

Abstrac: The objective of this article is to present a brief reflection on the issues that involve domestic violence against women, the problematic of male sexism and impunity from a legal point of view. We start from the assumption that the subjugation of the female over time, linked to the perpetuation of male sexism and the difficulties to typify, judge and execute the penalties in relation to the cases included in the Maria da Penha Law and the Law of Femicide, find in impunity one of the main instruments that make it difficult to combat this type of violence. Methodologically, this work was based on bibliographical, exploratory and documentary research, presenting a brief analysis of the Report "The Judiciary Power in the Application of the Maria da Penha Law", published in 2018.

Keywords: Domestic violence. Maria da Penha Law. Femicide.

* Professora e Pesquisadora do PPG em Humanidades, Culturas e Artes da UNIGRANRIO. Doutora em Ciências Sociais.

** Graduado em Direito pela UniverCidade e mestrando no Programa de Pós-Graduação em Humanidades, Culturas e Artes da UNIGRANRIO.

*** Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Humanidades, Culturas e Artes da UNIGRANRIO.

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é apresentar uma discussão sobre violência contra as mulheres, enfatizando àquelas cometidas no espaço doméstico, entrelaçando com as dificuldades em torno da aplicação das punições previstas em lei. Nas últimas décadas, os estudos em torno das questões de gênero assumiram lugar de destaque. Assim, as abordagens sobre violência de gênero, especificamente violência doméstica e intrafamiliar contra a mulher, ganharam visibilidade especialmente a partir dos anos 1990. Estas abordagens são fundamentais em dois sentidos: o primeiro, chamando a atenção para a dimensão da cultura machista típica da sociedade brasileira, que reafirma a dominação masculina e, por conseguinte, inibem a diminuição efetiva da violência contra as mulheres (OLIVEIRA; LIMA; ARANA, 2017), e, em segundo lugar, o fato de que ao longo do tempo a vida privada e a violência nesta esfera, marca cultural do patriarcado (SAFFIOTI, 2001), em geral ainda é observada à luz da ideia de que tal situação deve ser resolvida entre os pares, dentro do espaço privado.

Esta perspectiva pode ser observada nos discursos proferidos em relação às mulheres que sofrem agressão e a sociedade ao redor não costuma promover denúncias ou socorrer a vítima por acreditar que “ela gosta de apanhar, pois sempre retorna para o companheiro”, ou “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”, frase típica do ditado popular que justifica e corrobora para a perpetuação da violência contra as mulheres, especialmente no âmbito doméstico. Esta concepção equivocada eleva a dificuldade em torno do processo de denúncia por parte das vítimas e, por conseguinte, o acesso e a eficácia das políticas públicas de atendimento e proteção às mulheres vítimas de violência familiar.

Em 1988, o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, estabelecido pela Constituição Federal, e a atribuição “ao estado o dever de criar mecanismos para coibir a violência na esfera familiar e proteger cada um de seus membros” (MEDEIROS, 2016, p. 35), promoveu o espaço necessário para que, em 1995 (em decorrência das resoluções sobre violência de gênero formuladas durante a “Convenção de Belém do Pará”, em 1994), o Estado brasileiro incorporasse

dispositivo legal internacional que “diz o que é e como se manifesta esta forma específica de violência que atinge as mulheres pelo simples fato de serem mulheres e de estarem inseridas em um contexto histórico e cultural permissivo que propicia relações desiguais entre mulheres e homens” (LIBARDONI; MASSULA, 2005, p. 13).

Nos últimos anos, observamos o crescimento de campanhas midiáticas chamando a atenção para esta modalidade de violência e, por outro lado, o crescimento de movimentos de mulheres em torno do repúdio e exigência por parte do Estado de medidas mais eficazes e punitivas em relação aos agressores. É importante esclarecer que, neste estudo, enfatizamos no campo da violência de gênero a especificidade em relação às mulheres¹. Além disso, apesar dos avanços promovidos pelo movimento feminista, cuja luta política acirrou-se no Brasil dos anos 1980 em diante, a partir de uma das primeiras e principais conquistas do movimento, a institucionalização das Delegacias de Atendimento às Mulheres no Brasil (DEAM's) em 1986, a promulgação da Lei Maria da Penha, em 2006 (BRASIL, 2006) e a Lei do Feminicídio, em 2015 (BRASIL, 2015), os índices de violência contra as mulheres não apresentaram diminuição efetiva. E, para corroborar com esta constatação, há nas pesquisas um número elevado de mulheres que são vítimas de violência de gênero com idade inferior aos 30 anos de idade. Isso significa afirmar que, mesmo após a implantação das DEAM's, há pouco mais de três décadas, os agressores não se sentem de fato intimidados em relação às possíveis sanções que podem sofrer. Em parte, por não entenderem a atitude agressiva como um problema e, por outro lado, por acreditarem na impunidade.

Neste sentido, um ponto fundamental para a construção de um entendimento sobre o hiato entre a ação jurídica e o descaso do agressor em relação às punições previstas em lei para os casos de violência doméstica contra as mulheres, está na cultura machista sob a qual a sociedade brasileira está enraizada. Embora não seja nossa intenção apresentar um estudo minucioso sobre as bases históricas das relações de gênero no Brasil, é importante enfatizar que a estrutura

¹ Durante algumas décadas usava-se o termo gênero, em geral, como referência aos estudos sobre as mulheres. Entretanto, salientamos que gênero é uma categoria de análise para além da dimensão binária homem – mulher, ou seja, homens, mulheres, crianças, idosos, LGBTQ etc., são questões de gênero.

patriarcal típica do período colonial traduz uma dimensão essencial para compreendermos os processos de subjugação do feminino, tanto na esfera da vida privada, como nos espaços públicos.

Metodologicamente utilizou-se: a) pesquisa bibliográfica sobre gênero, violência de gênero, violência contra mulheres. De acordo com Fonseca (2002) a pesquisa bibliográfica consiste em levantamento de referências teóricas e demais trabalhos científicos acerca da temática proposta a ser investigada. Este levantamento de referências pode ser realizado por meios escritos e/ou eletrônicos, em diversas bases de dados; b) exploratória em relação ao levantamento de dados/informações sobre mulheres vítimas de violência e violência doméstica, feminicídio e situação dos processos judiciais contra os agressores; c) análise documental (atas de reuniões das discussões em torno de propostas / projetos de lei; relatórios oficiais) e análise de fontes primárias e secundárias (jornais e revistas locais, blogs e fóruns de discussão). Esta modalidade metodológica de pesquisa baseia na busca de fontes diversas “sem tratamento analítico”, ou seja, que detém informações que podem ser utilizadas para a elaboração de estudos aprofundados posteriormente (são cartas, filmes, fotografias, relatórios, jornais, entre outros).

O artigo está dividido em duas partes. No primeiro tópico discutimos os aspectos da cultura machista como um dos principais elementos que corroboram para a perpetuação da violência contra as mulheres. Enfatizamos, portanto, o fato de que o processo de inferiorização do feminino em relação ao masculino, na condição de construção cultural, naturaliza-se no bojo da sociedade e, por conseguinte, inibiu durante um longo tempo a problematização em torno das violências contra mulheres. Na segunda parte abordamos a questão da violência doméstica e o aspecto da impunidade, especialmente no que diz respeito ao feminicídio. Alguns estudos apontam a dificuldade em tipificar o feminicídio entrelaçado com a violência doméstica e familiar, justamente porque, na maior parcela dos casos, o crime é cometido fora do espaço doméstico e, portanto, embora tipificado como feminicídio, nem sempre é possível perceber a conexão entre ambos.

2 CULTURA MACHISTA E PERPETUAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES

Em geral, ao usarmos o termo “cultura machista” observamos no campo do senso comum como oposição ao feminismo. Entretanto, é importante chamar a atenção para uma discussão mais profunda sobre esta questão. Ao referirmo-nos ao machismo como um aspecto cultural, afirmamos que diz respeito ao conjunto de comportamentos, normas, regras de uma determinada sociedade que se repete ao longo do tempo. Tal perspectiva alicerça-se a partir da conceituação de cultura. No campo da antropologia, o termo cultura foi utilizado, num primeiro momento, como uma forma de compreender as relações humanas para além do aspecto biológico. Ainda no século XIX, Edward Taylor trabalhou o conceito de cultura para compreender os “produtos comportamentais, espirituais e materiais da vida social humana” (MINTZ, 2010, p. 224), desmontando os aspectos anteriores que apontavam o termo cultura ou para definir pessoas possuidoras ou não de cultura e, em outras situações, para observar aspectos de sociedades cultas e sociedades sem cultura, elementos comuns para distinguir entre **primitivos e civilizados**.

Nas primeiras décadas do século XX, o antropólogo Franz Boas (2010) definiu cultura como um conceito que engloba toda a espécie humana, desmontando a “certeza” que reinava até então de que haviam sociedades primitivas e, portanto, inferiores, e sociedade civilizadas, cujos modelos deveriam ser seguidos. Renegando a dimensão do evolucionismo, Boas observou que toda sociedade humana é possuidora de cultura, independente de seus aspectos de desenvolvimento tecnológico. Esta constatação foi importante para a compreensão das singularidades de cada cultura e deu início ao relativismo cultural.

Neste sentido, a definição do conceito de cultura pode ser observado como um conjunto de comportamentos, modos de vida, valores, regras, que acompanham as sociedades ao longo do tempo nos leva ao distanciamento tanto do olhar evolucionista (cultura não evolui) e a aproximação do fato de que os elementos culturais perpassam ao longo do tempo e são reproduzidos de geração em geração através do processo de socialização. Para Geertz,

*** Diálogos com o Direito ***

O conceito de cultura que eu defendo, e cuja utilidade os ensaios abaixo tentam demonstrar, é essencialmente semiótico. Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado. (GEERTZ, 2008, p. 4)

Compreendendo cultura como um sistema de símbolos e, também, de comportamentos diversos, a forma pela qual estes elementos encontram contexto favorável à sua perpetuação ao longo do tempo é essencial para afirmarmos, portanto, a naturalização do machismo. A perpetuação de determinados padrões comportamentais, normas, regras, modos de ver e sentir o que ocorre ao redor é a socialização sob a qual todos os sujeitos estão submetidos. O machismo seria, portanto, um elemento cultural, na medida em que diz respeito ao comportamento e modos de pensar o papel social de homens e mulheres na sociedade. Nesta direção, para Mary Drumont,

O machismo constitui, portanto, um sistema de representações-dominação que utiliza o argumento do sexo, mistificando assim as relações entre homens e as mulheres, reduzindo-os a sexos hierarquizados, divididos em polo dominante e polo dominado que se confirmam mutuamente numa situação de objetos. (DRUMONT, 1980, p. 82).

Neste aspecto, enfatizado por Drumont (1980), Pierre Bourdieu, em *A dominação masculina*, apresentou elementos importantes questão da dominação masculina observado historicamente e institucionalmente os aspectos que levam as sociedades à diferenciação entre masculino e feminino, alocando o segundo em detrimento do primeiro.

É, sem dúvida, à família que cabe o papel principal na reprodução da dominação e da visão masculinas; é na família que se impõe a experiência precoce da divisão sexual do trabalho e da representação legítima dessa divisão, garantida pelo direito e inscrita da linguagem. Quanto à Igreja, marcada pelo antifeminismo profundo de um clero pronto a condenar todas as faltas femininas à decência, sobretudo em matéria de trajes, e a reproduzir, do alto de sua sabedoria, uma visão pessimista das mulheres e da feminilidade, ela inculca (ou inculcava) explicitamente uma moral familiarista, completamente dominada pelos valores patriarcais e principalmente pelo dogma da inata inferioridade das mulheres. [...] E, por fim, a escola, mesmo quando já liberta da tutela da Igreja, continua a transmitir os pressupostos da representação patriarcal (baseada na homologia entre a relação homem/mulher e a relação adulto/criança) e sobretudo, talvez, os que estão inscritos em suas próprias estruturas

***** Diálogos com o Direito *****

hierárquicas, todas sexualmente conotadas, entre as diferentes escolas ou as diferentes faculdades, entre as disciplinas (...), entre as especialidades, isto é, entre as maneiras de ser, de se ver, de se representarem as próprias aptidões e inclinações, em suma, tudo aquilo que contribui para traçar não só os destinos sociais como também a intimidade das imagens em si mesmo. (BOURDIEU, 2002, p. 102-103)

Dessa forma, tal dominação ao espalhar-se pelas principais instancias das relações sociais (Família, Igreja e Escola), a naturalização do machismo e a ausência de contestação são facilmente compreendidos. Outra discussão interessante diz respeito aos estudos sobre masculinidade à luz da psicanálise, especialmente os argumentos expostos por Judith Butler (2003), ao enfatizar que a existência de um poder ilusório por parte do masculino alicerçado em um conjunto de símbolos e linguagens, faz com que o feminino aceite tal poder e o reproduza ao longo do tempo. Assim,

O sujeito masculino só se manifesta para originar significados e, por meio disso, significar. Sua autonomia aparentemente auto-referida tenta ocultar o recalçamento que, ao mesmo tempo, é a sua base e a possibilidade perpétua de seu deslastreamento. Mas esse processo de constituição do sentido exige que as mulheres reflitam esse poder masculino e confirmem por toda a parte a esse poder a realidade de sua autonomia ilusória. (BUTLER, 2003, p. 75-76)

Heleieth Saffioti (2015), chamou a atenção para os processos de construção e perpetuação da violência contra as mulheres a partir do patriarcalismo e do papel das mulheres no processo de socialização, cujos padrões comportamentais e valores que comungam são da ordem cultural machista.

Entre as mulheres, socializadas todas na ordem patriarcal de gênero, que atribui qualidades positivas aos homens e negativas, embora nem sempre, às mulheres, é pequena a proporção destas que não portam ideologias dominantes de gênero, ou seja, poucas mulheres questionam sua inferioridade social. Desta sorte, também há um número incalculável de mulheres machistas. E o sexismo não é somente uma ideologia, reflete, também, uma estrutura de poder, cuja distribuição é muito desigual, em detrimento das mulheres. (SAFFIOTI, 2015, p. 37)

A partir desta breve discussão acerca da cultura machista e suas bases, podemos vislumbrar possíveis argumentos que traduzem as inúmeras dificuldades em construir caminhos eficazes para o combate à violência contra as mulheres e,

especificamente, àquele que ocorre no espaço doméstico. Neste contexto, as análises acerca do ciclo de violência doméstica são fundamentais. Barbara Soares apresentou um “guia”, publicado pela Secretaria Especial de Políticas Para as Mulheres, em 2005, intitulado “Enfrentando a Violência contra a Mulher” (BRASIL, 2005). Neste documento, o ciclo de violência doméstica baseia em três fases: 1) A construção da tensão no relacionamento (ciúmes exacerbados, ameaças, quebra de objetos) – nesta fase, a mulher geralmente tenta apaziguar, não reproduzir comportamentos que supostamente possa despertar reação violenta. Em geral, a mulher se culpabiliza pela agressividade do outro; 2) A explosão da violência, descontrola e destruição – neste contexto, os episódios de violência são constantes, agudos, porém passageiros. Embora seja o momento de maior medo, a repetição do ciclo demonstra que em breve a próxima fase será de calma; 3) Lua-de-Mel, o arrependimento do agressor – após o término das fases anteriores, especialmente o de violência física, o agressor demonstra arrependimento, tem rompantes apaixonados, reconhece sua culpa e faz promessas.

Em geral, a vida conjugal tem inúmeros contextos. Entretanto, a dificuldade em compreender e encerrar trajetórias de violência na vida privada encontra alguns entraves.² Tais dificuldades estão vinculados ao papel social, historicamente subalternizado das mulheres. Ao observarmos o ciclo de violência doméstica, atrelados aos traços culturais machistas e inibidores da percepção de combate a esta modalidade de violência, pode-se refletir que as questões jurídicas em torno desta problemática são evidentes, conforme veremos a seguir.

² De acordo com Távola (1993, p. 7), “Em todas as classes sociais e não apenas nas mais pobres e também em família de todas as raças [...] no Brasil colônia, a mulher branca (e em geral rica) era mantida dentro de casa e lhe cabia, apenas procriar, quanto a mulher negra, como escrava, tornava-se objeto sexual dos antigos “senhores”. A diferença é que as mulheres de nível econômico e social privilegiado, em geral, são mais bem informadas e conscientes de seus direitos do que as pobres – entre as miseráveis, então nem existe noções de violência.”

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E IMPUNIDADE: AS MARCAS CULTURAIS QUE CORROBORAM PARA O FEMINICÍDIO NO BRASIL

De acordo com Julio Jacobo Waiselfisz, organizador e responsável pelo Mapa da Violência, desde 2012 o referido mapa aborda diretamente a questão da violência contra mulheres, destacando que,

A violência contra a mulher não é um fato novo. Pelo contrário, é tão antigo quanto a humanidade. O que é novo, e muito recente, é a preocupação com a superação dessa violência como condição necessária para a construção de nossa humanidade. E mais novo ainda é a judicialização do problema, entendendo a judicialização como a criminalização da violência contra as mulheres, não só pela letra das normas ou leis, mas também, e fundamentalmente, pela consolidação de estruturas específicas, mediante as quais o aparelho policial e/ou jurídico pode ser mobilizado para proteger as vítimas e/ou punir os agressores. (WAISELFSZ, 2015, p. 7)

A partir do momento em que a sociedade e o Estado deixam de observar a agressão no espaço doméstico como algo a ser resolvido entre os envolvidos, através de denúncias e configuração de leis de proteção às vítimas e de punição efetiva aos agressores, o caminho para a “superação” e “humanização” começa a ser traçado. Entretanto, a dimensão da cultura machista e de dominação masculina (BOURDIEU, 2002) ainda é um dos entraves mais evidentes nesse processo explicitado por Waiselfisz (2015). Ao conceber a mulher como propriedade unido à educação de caráter machista, o agressor (ex ou companheiro) não se sente necessariamente responsável por um delito ou, em casos mais extremos, se sente no direito de cometer homicídio, tentativa de homicídio, ameaças, estupros, lesão corporal. Todos estes atos apresentam-se como “legítimos” por parte do agressor, alegando ciúmes, a não aceitação da separação, entre outros argumentos.

No campo da violência contra as mulheres, a morosidade e a dificuldade em levar os processos adiante compõe mais um dos entraves para o combate a esta modalidade de crime. A Lei n. 13.104, a lei do feminicídio, foi editada em 2015, qualificando o assassinato de uma mulher em relação ao gênero como um tipo penal homicídio, tornando-o hediondo (BRASIL, 2015). Entretanto, é preciso chamar a atenção para o fato de que a maior parte dessa forma de assassinato ocorre no espaço doméstico cometidos por companheiros ou por ex-companheiros da vítima

(geralmente em locais públicos ou em decorrência de invasão de domicílio). Esta constatação alinha-se ao argumento de que tanto a cultura machista, quanto a demora no reconhecimento da necessidade de tipificar e criar mecanismos jurídicos mais severos e punitivos em relação aos agressores, conjugam entraves para a diminuição efetiva de violência de gênero.

De acordo com dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em decorrência do fato da Lei do Feminicídio ser recente, há alguns problemas em lidar com esses processos no âmbito judicial. Em 2018, o CNJ publicou o Relatório "O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha" (BRASIL, 2018), apresentando estatisticamente os números de medidas protetivas, casos novos, casos pendentes, processos baixados, sentenças e indicadores de performance, as execuções penais e o feminicídio. Em relação às medidas protetivas, em 2016 foram expedidas 194.812 e, em 2017, 236.641 medidas. Portanto, o número de medidas protetivas, em um ano, aumentou 21%. Entre 2016 e 2017, os casos novos de conhecimento criminais em violência doméstica aumentaram 12%, ou seja, foram 402.695 em 2016 e 452.988 em 2017. Entretanto, os números mais alarmantes são os casos pendentes de conhecimento criminais em violência doméstica contra a mulher: 891.818 em 2016 e 908.560 em 2017. O quadro abaixo resume os dados:

Quadro 1 - Estatística da aplicação da Lei Maria da Penha pelo Poder Judiciário

	2016	2017
Medidas Protetivas	194.812	236.641
Casos Novos	402.695	452.988
Casos Pendentes	891.818	908.560
Processos baixados, sentenças e indicadores de performance	456.858	540.156
Execução Penal (Iniciadas)	10.703	14.280
Execução Penal (Pendentes)	17.543	29.864
Execução Penal (Baixadas)	4.962	7.640
Feminicídio	1.287	2.643

Fonte: Elaboração própria baseada nos dados do relatório "O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha" (BRASIL, 2018).

Podemos verificar que, em todos os indicadores, ocorreu aumento entre 2016 e 2017. Apesar dos esforços por parte do poder judiciário, das campanhas e da incorporação da Lei do Feminicídio, os números referentes aos processos em relação

à violência doméstica contra as mulheres não diminuíram. No que diz respeito ao feminicídio, o relatório apresenta o argumento acerca da dificuldade em tipificar essa modalidade de crime:

Por se tratar de previsão em lei com edição recente, tendo sido incorporado como assunto nas tabelas processuais do CNJ apenas em 2016, alguns tribunais não dispõem dessas estatísticas – caso dos TJAP e TJAL. Outros tribunais relatam dificuldades em contabilizar esses casos, devido a problemas de parametrização em seus sistemas. Ainda que haja subnotificação e problemas de extração da informação, a movimentação processual dos casos de feminicídio é expressiva. (BRASIL, 2018, p. 19)

Os números do CNJ demonstram, ainda, a discrepância entre a quantidade de casos pendentes, medidas protetivas e execução penal. Tal constatação, além de salientar a morosidade no processo de resolução e punição dos agressores, provavelmente, justifica o aumento de assassinatos tipificados como feminicídio.

Observando para além dos dados estatísticos demonstrados brevemente, indaga-se quais seriam as motivações que levam à não diminuição da violência contra as mulheres, especificamente nos casos de violência doméstica. Certamente, os traços da cultura machista e a construção simbólica do poder masculino sobre o feminino, são componentes-chaves para esta análise. A elaboração de leis e a institucionalização de penas mais duras para os crimes de feminicídio não inibem efetivamente a ação violenta, especialmente em casos de violência doméstica familiar, uma vez que o agressor se sente dono e/ou possuidor de plenos poderes sobre a vítima. Em geral, o homicídio cometido recebe como justificativa o ciúme, a vítima querer a separação.

É importante enfatizar que, na grande maioria dos casos, o feminicídio é o último estágio, pois os episódios de agressão, pedidos de ajuda e busca pelos mecanismos de proteção, não são suficientes para impedir o crime. A frase “Ele disse que me mataria” proferida pela maior parte das mulheres vítimas de violência e, posteriormente, de feminicídio, traduz o momento mais importante para que a sociedade e o Estado promovam algum tipo de ajuda. Há um número significativo de casos em que o agressor cumpre a ameaça, uma vez que a impunidade ainda é uma marca dolorosa nessa modalidade de crime. Nos espaços midiáticos diariamente é

possível visualizar casos de homicídios contra mulheres denunciados antes de sua efetivação.

Neste sentido, pensar políticas públicas e mais espaços de acolhimento, apoio e informação jurídica para as mulheres vítimas de violência doméstica é urgente. A mudança no modo cultural de agir e pensar a questão da mulher é igualmente urgente e necessária. Campanhas das redes sociais como “Em briga de Marido e Mulher o Estado Mete a Colher” e o incentivo às denúncias por parte das vítimas e da vizinhança, também são fundamentais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo apresentamos uma discussão que conjuga três fatores: violência doméstica, machismo e impunidade. Na primeira parte deste estudo, enfatizamos a dimensão da cultura machista e dos processos culturais que corroboram para a dominação masculina e, por conseguinte, a violência contra as mulheres. Nesta análise, Clifford Geertz (conceito de cultura), Judith Butler, Heleieth Saffioti e Pierre Bourdieu foram os suportes fundamentais para compreendermos a violência de gênero, o machismo e a subjugação do feminino em relação ao masculino.

Em seguida, enfatizamos a questão da violência doméstica contra mulheres na dimensão jurídica, o aspecto da impunidade e os padrões culturais machistas como um dos alicerces que dificultam o combate à violência doméstica contra mulheres. As reflexões partiram de uma breve análise do Relatório “O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha”, publicado em 2018.

REFERÊNCIAS

BOAS, Franz. **A mente do ser humano primitivo**. Petrópolis: Vozes, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/5f271e3f54a853da92749ed051cf3059_18ead26dd2ab9cb18f8cb59165b61f27.pdf. Acesso em: 22 nov. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Enfrentando a Violência contra a Mulher**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/enfrentando-a-violencia-contra-a-mulher-orientacoes-praticas-para-profissionais-e-voluntarios>. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em: 28 nov. 2018.

DRUMONT, Mary Pimentel. **Elementos para uma análise do machismo**. Perspectivas, São Paulo, n. 3, p. 81-85, 1980. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/viewFile/1696/1377>. Acesso em: 17 out. 2018.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

LIBARDONI, M.; MASSULA, L. **10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. 3. ed. Brasília: AGENDE – Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento, 2005.

MEDEIROS, L. **Em briga de marido e mulher o Estado deve meter a colher: políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Reflexão, 2016.

MINTZ, Sidney W. Cultura: uma visão antropológica. **Revista Tempo**, Niterói, v. 14, n. 28, p. 223-237, jun. 2010. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042010000100010&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 17 out. 2018.

OLIVEIRA, Rosane Cristina de; LIMA, Jacqueline de Cassia Pinheiro; ARANA, Andressa da Rocha Freire. 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, p. 201-213, jul./dez. 2017. Disponível em:
<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/view/35821/19269>. Acesso em: 17 out. 2018.

SAFFIOTI, Heleieth. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 16, p. 115-136, 2001. Disponível em:
<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2015.

TÁVOLA, A. **A violência contra a mulher**. Brasília: Centro de documentação e informação, 1993.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2015. Disponível em:
https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 17 out. 2018.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v2n44p145-160>

AÇÃO AFIRMATIVA PARA A MULHER NEGRA BRASILEIRA: UM NOVO OLHAR PELA PERSPECTIVA DE GÊNERO

AFFIRMATIVE ACTION FOR BRAZILIAN BLACK WOMEN: A NEW VISION THROUGH GENDER PERSPECTIVE

Flávia Helena Santos da Silva*

Maria Geralda De Miranda**

Patrícia Maria Dusek***

Kátia Eliane Santos Avelar****

Resumo: Aborda-se neste artigo, a partir de pesquisas bibliográfica e documental, a eficácia das políticas de discriminação positiva¹ na sociedade e na economia brasileira atual, em seu aspecto racial e de gênero. O cerne da questão funda-se em saber qual foi o balanço das ações afirmativas na experiência brasileira, após a sua implementação? Como estariam os indivíduos, em especial as mulheres negras, no contexto atual? Teriam essas políticas públicas cumprido o seu papel? Conclui-se que é inegável o avanço da sociedade brasileira com a adoção das ações afirmativas voltadas para os negros, entretanto, o assunto é complexo por sua múltipla dimensão histórico político-social e econômica, uma vez que o racismo é uma tendência presente em sociedades que adotaram a escravidão e que o desafio é dar continuidade focalizando de forma mais objetiva as desigualdades oriundas, simultaneamente, de raça e gênero.

*Mestranda em Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário Augusto Motta - UNISUAM. Possui Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Augusto Motta – UNISUAM e Graduação em Direito pelo Centro Universitário da Cidade (2004).

**Mestre em Literatura Comparada com ênfase nos estudos culturais pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Doutora em Letras com ênfase em estudos pós-coloniais, também pela UFF. Professora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local, do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM.

*** Pós Doutora pela Università di Pisa (2015). Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (2014). Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes, onde também obteve o título de graduação na mesma área. Especialista em Direito pela EMERJ. Pesquisadora e membro da Comissão de Pesquisa da Universidade Castelo Branco – UCB. Parecerista ad hoc de Revistas Científicas. Professora da Universidade Castelo Branco e do Centro Universitário de Barra Mansa. Articulista, palestrante e conferencista bilíngue em eventos nacionais e internacionais.

**** Possui graduação em Farmácia e Bioquímica pela Universidade Federal de Juiz de Fora (1993), Mestrado em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) (1996) e Doutorado em Ciências também pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2002). Atualmente é coordenadora do Laboratório de Referência Nacional para Leptospirose do Instituto Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Professora Titular e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Profissional Interdisciplinar em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Pesquisadora da Universidade Santa Úrsula.

¹ Discriminação Positiva, ou Ação afirmativa, consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. (MELLO, 1993).

Palavras-Chave: Racismo. Sexismo. Políticas públicas.

Abstract: This article discusses the effectiveness of the policies of positive discrimination in society and in the current Brazilian economy, in its racial and gender aspects, based on bibliographic and documentary research. The core of the question is founded on what was the balance of affirmative actions in the Brazilian experience, after its implementation? How would individuals, especially black women, be in the current context? Would they have these public policies fulfilled their role? It is concluded that the advancement of Brazilian society with the adoption of affirmative actions directed towards blacks is undeniable, however, the subject is complex due to its multiple political-social and economic historical dimension, since racism is a trend present in Societies that have adopted slavery and that the challenge is to continue focusing more objectively on the inequalities arising, simultaneously, of race and gender.

Keywords: Racism. Sexism. Public policy.

1 INTRODUÇÃO

Para uma melhor compreensão, o estudo foi dividido em três partes. Na primeira etapa, o texto se remete ao papel da escrava negra na sociedade brasileira, desde a época colonial, suas mazelas e sua importância para a economia, pois se entende que a colonização não só pretendia expandir o mercado, como também afetou o comportamento e o pensamento da vida dos povos colonizados, acarretando a desigualdade, e a perpetração do racismo.

Na segunda parte do artigo, discutem-se os Direitos Humanos em contraposição ao racismo e ao sexismo. Neste tópico, será apresentado os fundamentos e reflexos do racismo, também pela ótica de gênero, perpassando pelas suas consequências, na educação e no trabalho (demostrado através de pesquisa dos órgãos do IPEA, DIEESE e a ONU), bem como o que a desigualdade das oportunidades pode acarretar, em termos de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que, conseqüentemente, priva o indivíduo da liberdade plena, como mostrado por Sen (2010), que resulta o subdesenvolvimento do país.

Na terceira parte, observa-se que a questão racial sempre provocou discussões na sociedade. Percebe-se que apesar de o legislador e organismos internacionais de direitos humanos criarem instrumentos para eliminação do racismo, tais ações não foram suficientes para evitar a forma de intolerância, o que propiciou o nascimento das ações afirmativas, que no Brasil, em seu aspecto racial, gerou muitas dúvidas e críticas.

2 O PAPEL ECONÔMICO DA ESCRAVA NEGRA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Pode-se dizer que os escravos negros, na época colonial, ficavam responsáveis por todos os serviços (urbanos, domésticos ou rurais) e dificilmente conseguiam juntar dinheiro suficiente para comprar sua alforria.

Acrescente-se ao argumento que o escravo urbano gozava de uma situação superior ao do campo. As possibilidades que tinham de conseguir a alforria eram maiores, suas condições de saúde eram melhores, pois estavam mais próximos dos olhos da lei.

No que concerne as escravas, trabalhavam na lavoura e outras, como, por exemplo, no Rio de Janeiro, no século XIX, eram conhecidas como “escravas de ganho”, isto é, quituteiras, que vendiam livremente suas mercadorias pelas ruas, para obter o próprio sustento, e o de seus senhores. Algumas desempenhavam o trabalho doméstico: cuidavam da família do senhor, e também serviam como objeto sexual. Sua situação, como a do homem negro, esteve determinada pela condição de coisa. E ainda possuía a função biológica de reprodução a fim de aumentar a mão de obra da produção.

Os escravos facilmente adquiriam sua liberdade quando se achavam inutilizados, incapazes de produzir, representando para o senhor um ônus. E apesar de publicações de algumas leis como do Ventre Livre e a dos Sexagenários, poucos efeitos produziam, pois, a primeira, apesar de o filho do escravo nascer livre, geralmente quando recém-nascido, ficava atrelado à mãe, e acabavam ficando sob as ordens do seu senhor, isto quando não eram retirados de sua genitora e vendidos como escravos. Já a segunda lei, em verdade, acabou por eximir o senhor de sua responsabilidade para com o velho negro, excluindo-lhe a obrigação de conceder abrigo e vestuário (SILVA; LAVORENTI; GENOFRE, 2003).

Nas fazendas, a lei maior era a do senhor do engenho, os negros só poderiam incorporar-se à nação segundo a vontade de seus senhores, ou por circunstâncias alheias (LOPES, 2002).

Observa-se também que, no período colonial, havia um impedimento sistemático de constituição da família negra. As causas da resistência em permitir a união entre os escravos baseava-se em razões econômicas e caracterizava-se pela dificuldade de se manter unidos marido, mulher e filhos em caso de vendas. Outro problema residia que os filhos de escravos eram propriedades do senhor. (DAVIS, 2016).

Por essa razão constatou Moutinho (2004, p. 147) que foi sobre os corpos negros de homens e, especialmente, das mulheres que, no processo da escravidão e pós-abolição, ergueram-se grandes empreendimentos da máquina colonizadora. No mesmo entendimento HOOKS (1995, p. 469) afirma que

Mais que qualquer grupo de mulheres nesta sociedade, as negras têm sido consideradas "só corpo, sem mente". A utilização de corpos femininos negros na escravidão como incubadoras para geração de outros escravos era a exemplificação prática da ideia de que as "mulheres desregradas" deviam ser controladas. Para justificar a exploração masculina branca e o estupro das negras durante a escravidão, a cultura branca teve que produzir uma iconografia de corpos de negras que insistia em representá-las como altamente dotadas de sexo, a perfeita encarnação de um erotismo primitivo e desenfreado. (HOOKS, 1995, p. 469)

Semelhante ao entendimento da autora acima, González (1979, p. 13) descreve que as imagens das negras estão vinculadas, quase sempre, aos estereótipos de servilismo profissional e sexual: "A mulher negra é vista pelo restante da sociedade a partir de dois tipos de qualificação": doméstica e mulata. A profissão de "mulata" é uma das mais recentes criações do sistema hegemônico no sentido de um tipo especial de "mercado de trabalho" (...) produto de exportação".

Assim, notou-se que a conjugação do racismo com o sexismo produziu e produz até os dias atuais em relação as mulheres negras um desdobramento negativo sobre as dimensões da vida, que refletem em rebaixamento de autoestima, menores índices de casamento, ocupações de menor prestígio e remuneração e vulnerabilidade à saúde.

2.1 Direitos humanos *versus* racismo e sexismo: onde se encontra a mulher negra?

Uma das heranças da escravidão foi o racismo. A influência da escravidão na sociedade brasileira não se apagou com o advento da abolição e deixou sequelas que se conservam até os dias atuais. Como bem observa Dovidio, Gaertner e Pearson (2016, p. 268), no que concerne ao racismo moderno, "o mesmo não desapareceu, apenas mudou suas principais manifestações".

Além disso, a ausência de políticas reparatórias após os anos de escravidão, manteve gerações de negros nos piores índices estatísticos de pobreza.

Convém salientar que foi implementada uma política imigratória no período da abolição, sob a justificativa da falta de mão de obra qualificada para o trabalho livre. Segundo Moura (2014), essa foi uma tentativa de branqueamento da população e de alijar os negros da sociabilidade nascente, pois nesse período já

havam se diversificado nos espaços de atuação, assim como suas capacidades de trabalho, junto com a modernização das cidades e a vinda das indústrias inglesas.

Nesse sentido, segundo Fernandes (1989, p.75), o racismo é requisito para formação da população trabalhadora que excede a capacidade de absorção do mercado, ou seja, põe-na numa condição de superexploração, que desdobra em desvalorização do trabalho em geral. Isto é, a mercadoria força de trabalho é explorada de forma desigual sob a estruturação de relações raciais, com exigências diferentes para trabalhador branco e negro: "(...) A desigualdade racial é uma das desigualdades estruturais da sociedade brasileira".

No mesmo entendimento, Sen (2010, p. 20-21) pontua que "a rejeição da liberdade de participar do mercado de trabalho é uma das maneiras de manter a sujeição e o cativo da mão de obra, e a batalha contra a privação de liberdade existente no trabalho adscritício".

Corroborando Albornoz (2012) que o trabalho não é só um dever, mas um direito, pois através dele o homem se faz, aparece, enquanto cria, entra em relação com os outros, com seu tempo, seu mundo; se torna reconhecido e deixa impressa no planeta em que vive a marca de sua passagem.

E o que dizer da mulher negra, como ficou sua situação na sociedade e sua condição de trabalho, após a abolição? Cabe afirmar que o homem negro sofre com o racismo; a mulher negra sofre com o racismo e o sexismo.

Davis (2016, p. 17) refere-se que a centralidade que o trabalho ocupa hoje na vida das mulheres negras reproduz um padrão original estabelecido no período da escravidão, pois eram vistas como unidades de trabalho tais como os homens negros, no entanto, sofriam também abuso sexual. Destaca que a origem da força dessas mulheres está nas suas experiências concretas como escravas. Foi um legado de tenacidade, resistência e insistência na igualdade sexual.

Segundo o censo demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), o Brasil contava com uma população de quase 191 milhões de habitantes, dos quais cerca de 15 milhões se declararam como pretos (7,6% do total) e 82 milhões com pardos (43,1% do total). E aproximadamente 50 milhões são mulheres negras.

Dados do estudo **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça**, do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA, 2015) revelam que um dos indicadores selecionados é a taxa de analfabetismo, que vem caindo de maneira importante no Brasil nas últimas décadas, mas que ainda não atingiu os patamares ideais e, nesse caso, apresenta um diferencial racial importante: em 2015, entre as mulheres com 15 anos ou mais de idade brancas, somente 4,9% eram analfabetas; no caso das negras, este número era o dobro, 10,2%. Entre os homens, a distância é semelhante.

O estudo também apontou que apesar dos avanços nos últimos anos, com mais brasileiros e brasileiras chegando ao nível superior, as distâncias entre os grupos perpetuam-se. Entre 1995 e 2015, duplica-se a população adulta branca com 12 anos ou mais de estudo, de 12,5% para 25,9%. No mesmo período, a população negra com 12 anos ou mais de estudo passa de 3,3% para 12%, um aumento de quase 4 vezes, mas que não esconde que a população negra chega somente agora ao patamar de vinte anos atrás da população branca;

Se no campo educacional, as mulheres encontram-se, em geral, em melhor posição que os homens, esta vantagem não se reflete no mercado de trabalho, onde a maior parte dos indicadores mostra uma hierarquia estanque, na qual o topo é ocupado pelos homens brancos e a base pelas mulheres negras.

No que concerne ao trabalho, o primeiro indicador examinado é a taxa de participação, que mostra a parcela da população em idade ativa (16 a 59 anos) que está trabalhando ou à procura de trabalho. Este é um indicador em que o viés de gênero é bastante claro: as barreiras para as mulheres entrarem no mercado de trabalho se mostram presentes, apesar dos avanços das décadas passadas. Os últimos vinte anos parecem indicar que as brasileiras atingiram um “teto” de participação difícil de ser ultrapassado. Entre 1995 e 2015, a taxa de participação feminina pouco oscilou em torno dos 54-55%, não chegou a 60%. Isto significa que quase metade das brasileiras em idade ativa está fora do mercado de trabalho. O percentual masculino chegou a 85% e vem caindo, tendo alcançado menos de 78% no último ano da série. (IPEA, 2015)

Aquelas que se lançam no mercado de trabalho muitas vezes se deparam

com a barreira de encontrar posição. Essa é uma dificuldade maior para as mulheres que para os homens. Em 2015, a taxa de desocupação feminina era de 11,6% – enquanto a dos homens foi de 7,8%. No caso das mulheres negras, a proporção chegou a 13,3% (a dos homens negros, 8,5%). Os maiores patamares encontram-se entre as mulheres negras com ensino médio completo ou incompleto (9 a 11 anos de estudo): neste grupo, a taxa de desocupação em 2015 foi 17,4% (IPEA, 2015).

Uma importante ocupação feminina continua sendo o emprego doméstico, ao lado do serviço público e do emprego com carteira de trabalho assinada, que cresceu mais fortemente nos últimos vinte anos (respondia por 24% das ocupadas em 1995 e por 36% em 2015).

As curvas que ilustram a flutuação do rendimento médio do trabalho da população brasileira mostram uma queda na primeira década – entre 1995 e 2005 – e um aumento na década seguinte, com uma nova redução nos anos finais, que correspondem ao início da atual crise econômica. As distâncias entre os quatro grupos populacionais não se alteram expressivamente ao longo do período. Apesar de, proporcionalmente, o rendimento das mulheres negras ter sido o que mais se valorizou (80%), enquanto o dos homens brancos foi o que menos cresceu (11%), é possível observar a manutenção da mesma ordem – homens brancos, mulheres brancas, homens negros, mulheres negras – do maior para o menor rendimento.

O indicador da proporção da população sem renda própria ilustra uma dinâmica interessante ao longo das últimas décadas. Neste caso, o viés de gênero é bastante evidente, fazendo com que, entre as mulheres, seja muito maior a proporção de pessoas sem renda, o que está diretamente relacionado à menor participação feminina no mercado de trabalho. Percebe-se, no entanto, uma redução importante nessa proporção ao longo do período analisado: entre as mulheres negras, por exemplo, 46,7% não possuíam renda própria em 1995, comparados a 27,3% em 2015. Esta redução possivelmente se deve à ampliação do acesso a benefícios assistenciais especialmente por parte das mulheres. (IPEA, 2015)

O estudo é baseado na comparação entre os dados entre 1995 e 2015, analisando temas como chefia de família, mercado de trabalho, trabalho doméstico, distribuição de renda e uso do tempo.

Já o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (2017) aponta que mulheres negras são as que mais sofrem por existir evidência da desigualdade de gênero somada à racial, mostra as condições socioeconômicas em que vivem, acrescentada da negação cotidiana, pelo racismo e sexismo.

No Brasil, além do racismo social, as mulheres negras sofrem com o racismo institucional, que inviabiliza o acesso aos instrumentos do Estado e dificulta o combate ao preconceito no país. Além disso, elas têm o pior acesso aos serviços públicos, tais como saúde, trabalho e educação (SANTOS, 2014).

Com base no mesmo estudo, as mulheres negras estão no índice de maior pobreza, possuem menor escolaridade e menor expectativa de vida. São trabalhadoras informais sem acesso à previdência, residentes em ambientes insalubres e responsáveis pelo cuidado e sustento do grupo familiar.

As empresas não contratam mulheres negras para cargos de representação, como direção, seja na área pública ou privada, apesar de competência ou mérito (ROCHA *et al.*, 2014).

Indaga-se o que fazer para alterar as realidades demonstradas em estatísticas para promover a igualdade da população negra e em especial de mulheres negras?

Inicia-se o pensamento, em atenção à Constituição Federal de 1988, com seu arcabouço de direitos fundamentais, representa o eixo vetor de proteção aos Direitos Humanos. Essa concepção está claramente assentada em seu Título I (Dos Princípios Fundamentais) e II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

Os direitos fundamentais da pessoa humana são os inerentes ao universo de sua personalidade e de seu patrimônio moral, ao lado daqueles que são imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo inerente à sua centralidade na vida socioeconômica e na ordem jurídica (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 33).

E qual seria a importância dos Direitos Humanos no caso em tela? Melhor explicação traz Sen (2011, p. 392), que explica que a expressão advém da invocação de "direitos inalienáveis" na Declaração de Independência americana e afirmações similares na declaração francesa sobre "os direitos do homem", no século XVIII, mas

também a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU, em 1948. Inclui que sua existência configura-se em declarações éticas fortes sobre o que deve ser feito, independentes desse direito já serem legais.

Piovesan, Piovesan e Sato (2013, p. 300-301) afirmam que a ética emancipatória dos direitos humanos demanda transformação social, a fim de que cada pessoa possa exercer, em sua plenitude suas potencialidades, sem violência e discriminação. Neste sentido, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e outras práticas da intolerância.

E enquanto padrão de humanidade e de reivindicação de ordem moral, se encontram em permanente processo de construção e reconstrução, podendo e devendo ser compreendido em múltiplas dimensões, respeitados seus movimentos dialéticos. Possui caráter indivisível, interdependente e inter-relacionado (DELGADO; DELGADO, 2017).

Baseado nos conceitos acima, vale dizer que se torna insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades, o que exige uma resposta específica e diferenciada. Como, por exemplo, a população afrodescendente, as mulheres, as crianças e demais grupos. Ao lado do direito à igualdade, surge como o direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade. O caminho para o sucesso de ações afirmativas de raça e gênero seria a focalização na base de *status* social.

3 UMA PERSPECTIVA DE PROMOÇÃO DE IGUALDADE ATRAVÉS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: UM CAMINHO POSSÍVEL PARA A MULHER NEGRA

Há a consciência de que o rompimento da escravatura levou alguns grupos à discriminação e, conseqüente, exclusão social, sendo por isso, válida a ideia de políticas afirmativas, destinadas a grupos marginalizados pela ausência de riquezas adquiridas e capacidade técnica para o trabalho.

A adoção de ações afirmativas são imperativos de justiça social, a aliviar a carga de um passado discriminatório e a fomentar no presente e no futuro

transformações sociais necessárias (PIOVESAN; PIOVESAN; SATO, 2013, p.311).

Distinguem-se das políticas governamentais antidiscriminatórias fundamentadas em leis de conteúdo meramente proibitivo por terem natureza multifacetária (RESKIN, 1997). Trocando-se a omissão pela atuação ativa, imperativa do Estado surgiram as ações afirmativas, concebidas, inicialmente, nos Estados Unidos da América, mas hoje já adotadas em vários países. Nessa nova postura, passa o Estado a levar em conta fatores como sexo, raça e a cor no momento de contratar seus funcionários ou de regular a contratação por outrem, ou ainda, no momento de oferecer as oportunidades de acesso aos estabelecimentos de educação, evitando que a discriminação, que tem um fundo histórico e cultural, continue a perpetuar as iniquidades sociais (RASMUSSEN, 2017).

Fraser (2000-2001, p. 55-56) destaca “a concepção bidimensional da justiça. Esta concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma à outra, abarca ambas em um marco mais amplo”.

Preceitua a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, que: “qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum.” (BRASIL, 1969).

De outro giro, sobre o aspecto de discriminação de gênero, Sen (2010, p. 246) chama atenção para a condição de agente das mulheres, uma vez que se caracterizam como agentes ativos de mudança: promotoras dinâmicas de transformações sociais que podem alterar a vida de mulheres e de homens. A condição de agente não pode desconsiderar a urgência de retificar muitas desigualdades que arruinam o bem-estar das mulheres e as sujeitam a tratamento desigual. Diz a importância do poder feminino que pode ter grande projeção sobre as forças e os princípios organizadores que governam as divisões dentro da família e na sociedade. (SEN, 2010, p. 249).

Esta mesma lógica inspirou a definição de discriminação contra a mulher, quando da adoção da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de

Discriminação contra a Mulher, pela ONU, em 1979, destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres (BRASIL, 1979). As Recomendações Gerais nº 5 e 25 do Comitê sobre a Eliminação de Discriminação endossam a importância de tais ações, para que a mulher se integre na educação, economia, política e emprego. A Agenda 2030 estabelece como um de seus princípios-chave que:

Ninguém deve ser deixado para trás. As diversas formas de manifestação do racismo fazem com que a discriminação racial seja outro fato estruturante das desigualdades sociais no Brasil. Assim sendo, as recomendações do Sistema ONU no Brasil: (i) haja um alinhamento entre a Agenda 2030 e os ODS com a Década Internacional de Afrodescendentes; (ii) e as ações voltadas à promoção de atenção integral de saúde das mulheres, educação, empoderamento político e econômico e enfrentamento à violência contra mulheres incluam estratégias de desconstrução do racismo para gerar impactos diferenciados para as mulheres em sua diversidade, especialmente negras e indígenas. (ONU, 2018, p. 19)

A Recomendação Geral n. 25 do Comitê sobre todas as formas de Discriminação Racial traz uma nova perspectiva: alia a perspectiva racial à de gênero. Entende que a discriminação racial atinge de forma diferenciada homens e mulheres. A discriminação pode dificultar o acesso de mulheres a informações em geral, bem como obstar a denúncia das discriminações e violências que vierem a sofrer. Visa monitorar como as mulheres que pertencem às minorias étnicas e raciais exercem seus direitos, avaliando a dimensão da discriminação racial a partir de uma perspectiva de gênero. (PIOVESAN; PIOVESAN; SATO, 2013).

As ações afirmativas, como, por exemplo, as cotas para universidade e para concurso público de cunho racial prevê reserva de vagas para negros(as) que se autodeclarem negros. Mesmo promovendo e melhorando as condições da população afrodescendente, a situação enfrentada pelas mulheres é notória, pois se encontram em desvantagem no mercado de trabalho e na educação. Faz-se necessário a alteração das políticas positivas, com base nos índices demonstrados nos últimos anos para que se possa modificar as condições que se encontram as mulheres negras atualmente.

Carneiro (2003) pontua que as discriminações podem ser consideradas de natureza quadriplicada: raça, classe social, gênero e intragênero, as quais impedem um tratamento mais humano à mulher negra, configurando um problema, cujo

enfrentamento se faz urgente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo permitiu uma análise acerca da ação afirmativa para mulheres negras brasileiras. Esse assunto possibilitou uma maior compreensão sobre a realidade excludente, conforme demonstrado pelas bases de dados, como também demonstrou a importância de se discutir sobre a continuidade das políticas públicas, em especial as educacionais, as quais permitam incluir esses grupos marginalizados.

O estudo aponta a presença do racismo conjugado com o sexismo acerca do baixo número de representatividade negra feminina mesmo as que ascendem através de políticas públicas educacionais, mas quando vão para o mercado de trabalho não encontram, muitas vezes, posicionamento da profissão pela qual estudaram.

Percebeu-se que o presente ainda representa um resquício do passado marcado por explorações de um ser humano por outro e profundas desigualdades étnico-raciais, em especial para as mulheres negras.

Neste sentido, Davis (2016, p. 13) atribuiu à mulher negra um papel essencial, por se tratar de um grupo que, sendo o mais atingido pelas consequências de uma sociedade, foi obrigado a compreender, para além de suas opressões, a opressão de outros grupos.

No tocante à elaboração de políticas públicas, Sen (2010, p.349) ressalta que é importante não apenas avaliar as exigências de justiça e o alcance dos valores ao se escolherem os objetivos e as prioridades, mas também compreender os valores do público em geral, incluindo seu senso de justiça.

Assim, afirma-se que o Brasil admitiu a necessidade de reparar distorções ocasionadas pelo racismo. Faz-se necessário para suprir essa lacuna, considerar não só a exclusão pela raça como conjugar o gênero, bem como a participação de toda a sociedade para avaliação e acompanhamento dessas políticas positivas já implementadas.

Dessa forma, procurou-se demonstrar, neste artigo, a influência do racismo e sexismo para a mulher negra, seu papel histórico para a construção da sociedade

brasileira, assim como a continuidade de ações afirmativas que apesar de seu conteúdo e avanços, atingiu minimamente no recorte gênero e raça baseada nas estatísticas pesquisadas. Espera-se a continuidade da promoção da igualdade dos grupos em desvantagem, para que se possa alcançar o que preceitua os Direitos Humanos em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALBORNOZ, S. **O que é trabalho**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 8 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 8 mar. 2019.

CARNEIRO, S. Mulheres em movimento. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 117-132, set./dez. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300008. Acesso em: 15 nov. 2003.

DAVIS, A. **Mulheres, Raça e Classe**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

DELGADO, M; DELGADO.G. **A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à lei 13.467/2017**. São Paulo: LTR, 2017.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Inserção da população negra nos mercados de trabalho metropolitanos**. [S.]: Dieese, 2017. Disponível em: <https://www.dieeses.org.br>. Acesso em: 24 ago. 2018.

DOVIDIO, J. F.; GAERTNER, S. L.; PEARSON, A. R. **Aversive racism and contemporary bias**. In: SIBLEY, C.; BARLOW, F. (Ed.). *The Cambridge Handbook of the Psychology of Prejudice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 267-294. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781316161579.012>. Acesso em: 26 jun. 18.

FERNANDES, F. **O Significado do Protesto Negro**. São Paulo: Cortez, 1989.

FRASER, N. **Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia**. [S./]: Unesco: 2000-2011. Informe Mundial sobre la Cultura.

GONZÁLEZ, L. **O papel da mulher negra na sociedade brasileira: uma abordagem político econômica**. Los Angeles: [s.n], 1979.

HOOKS, B. Intelectuais Negras. **Estudos Feministas**, [s./], n.2, p. 464-478, 1995.

IBGE. **Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicilio (PNAD), 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

IPEA. **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça**. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/>. Acesso em 27. ago. 2018.

LOPES, J. R. de L. Desigualdades Jurídicas – povos indígenas, favelados e sem-terras. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério público da União**, Brasília, ano I, n. 5, p. 69-86, out./dez. 2002.

MELLO, C. A. B. de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MOURA, C. **Dialética Radical do Brasil Negro**. 2.ed. São Paulo: Anita Garibaldi, 2014.

MOUTINHO, L. **Razão, "cor" e desejo: uma análise comparativa sobre relacionamentos afetivo-sexuais "inter-raciais" no Brasil e na África do Sul**. São Paulo: UNESP, 2004.

ONU. **Direitos Humanos das Mulheres**. A Equipe das Nações Unidas no Brasil. Jul. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

PIOVESAN, F; PIOVESAN L.; SATO, P.K. **Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas**. In: Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2013.

RASMUSSEN, K. L. Affirmative Action, Historical Injustice, and The Concept of Beneficiaries. **The Journal of political Philosophy**, [S./], v. 25, n.1, p. 72-90, 2017.

RESKIN, B. **Affirmative Action im Employment**. Washington: American Sociological Association, 1997.

ROCHA, C.D. *et al.* O fenômeno teto de vidro na ascensão à posição hierárquica das mulheres no mercado formal: Barreiras. In: SIMPÓSIO DE EXCELENCIA EM GESTÃO

E TECNOLOGIA, 11., 2014, Resende, RJ. **Anais eletrônicos** [...]. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos14/38320405.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

SANTOS, R. **Cotas para Negros(as) em Concursos Públicos**. 2014. Monografia (especialização em Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça) – Faculdade de Educação, Universidade de Brasília, 2014.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, A. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, J. G. da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **LEIS Penais Anotadas**. 4. ed. Campinas: Milenium, 2003.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v2n44p161-177>

FEMINICÍDIO E A PEC 181-A: AS CONQUISTAS FEMINISTAS E O RETROCESSO CONSERVADOR

THE FEMINICIDE AND CONSTITUTIONAL AMENDMENT PURPOSE 181-A: THE FEMINIST CONQUER AND THE CONSERVATIVE BACKLASH

Larissa Gabriela Cruz Botelho*

Resumo: O presente artigo discute os avanços legislativos, bem como jurisprudenciais, dos últimos anos no que se refere às agendas feministas, em contraposição à Proposta de Emenda Constitucional 181-A, de autoria do deputado Tadeu Madulen, cuja inserção do termo inicial de proteção da vida poderia obstaculizar o debate sobre o aborto no Brasil, além de ensejar inúmeras ações de inconstitucionalidade a respeito das possibilidades de aborto do Código Penal. Desde a publicação da Lei Maria da Penha em 2006, muitas outras pautas feministas ocuparam não somente o Parlamento, como também os tribunais superiores, originando uma profusão de enunciados sumulares e leis de proteção à mulher. Ao final, trava-se um diálogo com o artigo de Márcia Tiburi, no qual a autora explana as formas de manifestação do patriarcado, excluindo as mulheres do debate.

Palavras-chave: Femicídio. Aborto. Feminismo. Espaços de fala.

Abstract: This article discusses the legislative and jurisprudential advances of recent years in feminist agendas, as opposed to Proposed Constitutional Amendment 181A, authored by Congress man Tadeu Madulen, whose insertion of the original term of protection of life could hinder the debate on abortion in Brazil, as well as provoking numerous unconstitutional actions regarding the abortion possibilities of the Penal Code. Since the publication of the Maria da Penha Law in 2006, many other feminist guidelines have occupied not only the Parliament, but also the higher courts, giving rise to a plethora of summits and laws protecting women. At the end, a dialogue with the article by Márcia Tiburi, in which the author explains the forms of manifestation of the patriarchy, excluding the women from the debate.

Keywords: Femicide. Abortion. Feminism.

*Professora auxiliar da Universidade Veiga de Almeida, professora auxiliar da Universidade Cândido Mendes e professora convidada da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2013) e mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2016). Atualmente é consultora jurídica e tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: descriminalização do aborto, execução penal, adequação social, aborto e *cyber* terrorismo.

1 INTRODUÇÃO

Ainda no século XXI, no Brasil, a religião pauta questões que deveriam estar afetadas tão somente à saúde feminina. Homens e instituições ocupadas predominantemente por eles teorizam acerca do aborto, rechaçando aquelas a quem realmente interessa o debate.

O Brasil ainda criminaliza o aborto voluntário, ao contrário de países com uma realidade próxima, como o Uruguai, ou países supostamente desenvolvidos, como os Estados Unidos, que em alguns estados se permite o aborto.

Isso se deve, fundamentalmente, a duas questões: à tradição secular judaico-cristã que condena veementemente o aborto e à posição hegemônica masculina que ocupa os espaços de poder, ou como Tiburi menciona, os espaços de fala. O que se mostra paradoxal é que um assunto afeto ao interesse exclusivo da mulher é debatido por homens, sem sequer que as mulheres, realmente afetadas, sejam ouvidas.

Ainda com forte obstaculização do patriarcado machista e conservador, o movimento feminista cresceu nos últimos anos. Aos poucos, leis de enfrentamento da violência contra mulher foram sancionadas, condicionando a atenção da sociedade a esse assunto tão candente no país.

Em 2016, a proteção à mulher foi alçada a um novo patamar de proteção jurídico-penal: a inclusão do feminicídio, como homicídio qualificado. A rigor, a Lei do Feminicídio não inclui um novo tipo penal, apenas qualifica o homicídio da mulher em razão da sua condição de mulher.

A lei foi resultado de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito presidida e relatada por mulheres que descortinouem números a morte de mulheres no Brasil, os estados mais violentos e quais as violências eram praticadas.

Do lado diametralmente oposto, a Proposta de Emenda Parlamentar, 181-A, de autoria do deputado Tadeu Mudalen, propõe a inclusão na Constituição Federal no Art. 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, desde a concepção.

Na prática, essa construção constitui uma obstrução do debate jurídico a respeito do aborto e mais: pode-se rediscutir os casos de aborto já permitidos pelo Código Penal, no Art. 128.

Nesse diapasão, o presente artigo se presta à análise dos influxos dos movimentos feministas em contraposição à bancada conservadora na produção legislativa de normas penais, notadamente de condutas tendentes a abolir direitos já conquistados pelas mulheres.

Em seguida, traça-se um diálogo com o artigo da filósofa Márcia Tiburi em que a autora desvenda a manifestação do patriarcado, expurgando as mulheres do debate, relegando-as a figurantes, coadjuvantes, de assuntos afetos aos seus próprios corpos.

2 O FEMINICÍDIO E A CONQUISTA DO MOVIMENTO FEMINISTA

O feminicídio é, assim como determina o art. 121 do Código Penal, o homicídio da mulher por razões da condição de sexo feminino e foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei 13.104 de 09 de março de 2015.

A referida lei foi resultado do trabalho árduo e profícuo da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito instituída com a finalidade de investigar a situação de violência contra a mulher no Brasil e as omissões do poder público no combate a essa violência.

Importa ressaltar que a referida comissão foi integrada por três mulheres, sendo a presidente a deputada federal Jô Moraes (PCdoB/MG), a vice-presidente a deputada federal Keiko Ota (PSB/SP) e a relatora a senadora Ana Rita (PT/RS).

A rigor, a Lei 13.104 não introduz um novo crime ao Código Penal, mas tão somente uma qualificadora ao crime de homicídio e uma majorante ao feminicídio. O art. 121 do Código Penal que trata do crime de homicídio ficou acrescido, portanto, de um inciso, tornando o feminicídio crime de homicídio qualificado, do parágrafo 2º-A, meramente explicativo, e do parágrafo 7º, que insere efetivamente uma majorante que implicará em um aumento substancial de pena ao condenado, de um terço até metade.

Há quem aponte essa inovação como despropositada, uma vez que o magistrado, ao sentenciar, poderia adequar à conduta, homicídio contra a mulher, e às circunstâncias à qualificação torpe do homicídio (Art. 121, § 2º, I, CP), igualmente, qualificado. Contudo, não era esse tratamento destinado às inúmeras mortes de mulheres trazidas à baila por ocasião da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito apresentada em 2013.

A Comissão desnudou em números as mortes de mulheres em 10(dez) estados da Federação, revelando uma face ainda mais cruel do descaso público: a inércia estatal. A violência contra a mulher não era alvo de debate e interesse no cenário público. As diversas formas de violências contra o sexo feminino eram menosprezadas, aviltando-se, por conseguinte, o direito mais básico do ser humano, a vida.

Esse cenário de desprezo à situação de violência sistêmica contra a mulher é, em grande medida, fruto de uma ocupação predominantemente masculina nos espaços de debate. É óbvio constatar que, por leviandade ou negligência, a causa feminista não ocupava as pautas de discussão no parlamento brasileiro.

Nesse ponto, especificamente, e em momento oportuno, far-se-á um diálogo com o artigo da filósofa e feminista Márcia Tiburi, O aborto e a bondade das pessoas do bem.

2.1 A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito e a Lei 13.104/2015

No Brasil, a Lei do Feminicídio não é a primeira manifestação de política-criminal voltada ao enfrentamento da violência contra a mulher. A Lei Maria da Penha, Lei 11.340 de 2006, é a primeira legislação orientada nesse sentido.

No que se refere à Lei Maria da Penha, ela dá cumprimento à Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção de Belém do Pará, da Organização dos Estados Americanos (OEA), ratificada pelo Brasil em 1994, e à Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw), da Organização das Nações Unidas (ONU).

Ao contrário do que se pode cogitar, não houve um incremento de tipos penais no Código Penal, mas uma extensão de medidas protetivas de urgência destinadas à mulher em situação de violência.¹

Nesse sentido, a Lei 12.403 de 2011 também introduziu a possibilidade de prisão preventiva do agressor quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.²

A Lei 13.257 de 8 de março de 2016, alcunhada de Estatuto da Primeira Infância, instituiu políticas públicas para a primeira infância, refletindo no Código de Processo Penal, notadamente no instituto da prisão domiciliar para mulheres com filhos menores de 12 anos. Importa ressaltar que a referida lei não foi projetada com vistas à proteção da mulher, mas para as crianças em tenra idade. Obviamente, contudo, a lei resvala em um direito feminino que é a convivência com a prole.

Mais recentemente, a Lei 13.497 de 8 de novembro de 2017 acrescentou três dispositivos à Lei Maria da Penha, quais sejam: os artigos 10-A³, 12-A⁴ e 12-B⁵, esse último teve seu *caput* vetado, somente mantendo o parágrafo 3º.

¹ Recomenda-se a leitura do artigo: COSTA, R. S.; OLIVEIRA, A. V. **Lei 11.340/06 e sistema penal:** o quão punitivo são os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. In: Juliana Teixeira Esteves, José Luciano Albino Barbosa, Pablo Ricardo de Lima Falcão. (Org.). Direitos, gênero e movimentos sociais II. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 1, p. 267-282.

² Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (grifo do autor).

³ Art. 10-A É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados. (Grifo do autor)

§ 1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes:

II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas;

III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

§ 2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento:

I - a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterá os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida;

II - quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial;

Enfatiza-se, nessa nova lei, a preferência de mulheres capacitadas no atendimento à mulher vítima de violência. O parágrafo 1º do Art. 10-A determina algumas diretrizes que deverão ser observadas durante a inquirição da mulher em situação de violência. Ressalta-se, dentre as orientações, a proibição do contato direto da mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas. Evidencia-se também a não revitimização, isto é, evitar o quanto possível sucessivas inquirições, que, em alguma medida, reproduz o sofrimento já suportado.

O Art. 12-A dispõe que os Estados e o Distrito Federal, na sua formulação de políticas de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, deverão dar prioridade à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) e de Núcleos Investigativos de Femicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher.

O *caput* do Art. 12-B foi vetado pelo Presidente da República. O dispositivo vetado dispunha que o delegado de polícia, preferencialmente aquele lotado na Delegacia especializada, poderia aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. O veto foi fundamentado na reserva de jurisdição para aplicação das medidas protetivas.

Na seara mundial, as recomendações internacionais exigiam do país a tipificação do feminicídio. A título exemplificativo, cita-se o Relatório sobre Violência contra Mulheres, suas Causas e Consequências, assinado por Rashida Manjoo, apontado no Relatório da Comissão Mista Parlamentar de Inquérito.

Evidentemente, e essa importância é ressaltada no relatório da referida comissão, outras medidas devem ser adotadas para o atendimento de mulheres em situação de violência doméstica.

III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a gravação e a mídia integrar o inquérito.

⁴ Art. 12-A: Os Estados e o Distrito Federal, na formulação de suas políticas e planos de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, darão prioridade, no âmbito da Polícia Civil, à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deam), de Núcleos Investigativos de Femicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher. (Grifo do autor)

⁵ Art. 12-B. (VETADO). § 3º A autoridade policial poderá requisitar os serviços públicos necessários à defesa da mulher em situação de violência doméstica e familiar e de seus dependentes.

Além das medidas de política-criminal, o judiciário deve garantir, em atenção ao princípio da celeridade e duração razoável do processo, uma instrução, julgamento e execução em um espaço razoável de tempo. Dessa forma, evita-se a prescrição dos crimes e põe fim à tradição de convivência entre o judiciário e a morte de mulheres.

Nesse sentido, a Lei 13.285 de 2016 introduziu o art. 394-A que determina a preferência de tramitação de crimes hediondos, incluindo, por conseguinte, o crime de feminicídio.

O relatório da comissão destaca, ainda, a dificuldade em se obter dados estatísticos nos estados pesquisados que indicassem quantas mulheres foram vítimas de violência e qual o bem jurídico violado, se a vida, se a integridade física, se a dignidade sexual, se outros. Isso sinaliza sobretudo o pouco interesse- ou nenhuma- das secretarias de segurança pública estaduais em saber quantos crimes aconteceram, qual o período, as circunstâncias e traçar um perfil - se possível- da mulher vítima de violência.

A quantificação de crimes, perfil das vítimas, circunstâncias que envolviam cada crime é de fundamental importância para orientar políticas de segurança pública. Sem esses dados, não é possível orquestrar medidas efetivas e incisivas capazes de dirimir a violação ao direito mais básico do cidadão, a vida.

O trabalho final da comissão apontou, ainda, a aplicação da Lei 9.099 de 1995 para crimes que envolviam violência doméstica e familiar em alguns estados, tanto nas capitais, mas sobretudo no interior, o que é expressamente vetado pela Lei Maria da Penha em seu artigo 41.⁶

Ressalva-se, não obstante, que o referido documento foi apresentado no ano de 2013. Em junho de 2015, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 536, a qual dispõe que "a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha."⁷

⁶ Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

⁷ Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=536&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 fev. 2018.

Em setembro de 2017, o STJ também editou a Súmula 588 que reza “a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”. A referida súmula põe fim à tradição de magistrados substituírem no édito condenatório os crimes de lesão corporal leve e vias de fato por restritivas de direito. Isso ocorria porque o art. 17 da Lei 11.340/2006 veda tão somente a pena de cesta básica ou outras penas pecuniárias, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Outra súmula à respeito do tema foi editada no ano de 2017 pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a súmula 589 que diz: “é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”.

Sublinha-se o descaso reiterado, sistemático de alguns juízes em aplicar o referido princípio em casos que envolviam a violência doméstica. Cabe consignar que um dos pressupostos para a aplicação do princípio da insignificância é o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento.⁸ Essa aberração jurídica é, sem sombra de dúvida, reflexos de uma sociedade extremamente machista, que culpabiliza as mulheres pelas agressões sofridas.

Quatro outras comissões parlamentares mistas foram instauradas nos anos de 1992, 2003, 2012 e 2013.

A primeira, em 1992, foi presidida pela deputada Sandra Starlig e apontou as seguintes conclusões: dificuldade no levantamento de dados, inexistência de uma nomenclatura unificada referente aos dados sobre violência contra a mulher e dados incompletos ou que chegaram tardiamente à CPI.

A segunda de 2003, CPMI da exploração sexual contra crianças e adolescentes presidida pela Senadora Patrícia Saboya, expôs a grave violação sexual de crianças e adolescentes, notadamente do sexo feminino.

⁸ “(...) O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (...)” Trecho retirado do sítio eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63002>> última visualização em 16.02.2013.

A CPI de 2012 constatou que nos últimos 30 anos, 91mil mulheres foram mortas, sendo que 43,5 mil só na última década. Isso representa um aumento de 217,6%. Os estados da Federação Alagoas e Espírito Santo alternam-se nos primeiros lugares entre os estados mais perigosos.

Por fim, a quarta CPI do Tráfico de Pessoas, do Senado Federal, presidida pela Senadora Vanessa Grazziantin, revelou a imperiosa necessidade de se adequar a legislação da época aos avanços então necessários para proteção da mulher, vítima do tráfico nacional e internacional para fins de exploração sexuais.⁹

Nesse sentido, sublinha-se, a mulher é a maior vítima de crimes sexuais – mais uma violência contra o copo da mulher-, conforme aponta o Dossiê Mulher do ano de 2017. (PINTO; MORAES; MANSO, 2017).

Conforme os dados recolhidos no ano de 2016, apenas no Rio de Janeiro, 4.705 mulheres foram vítimas de estupro – aqui se contabiliza apenas os estupros consumados. Esse valor corresponde a 85,3% do total de estupros notificados.

Destaca-se, contudo, que esse dado pode ser mais alarmante se considerados o número de vítimas que não notificaram o crime, seja por medo do agressor, seja por constrangimento.

Conquanto o homicídio seja, sem dúvida, a mais grave violação do direito da mulher, esse não encerra toda a sorte de violência perpetrada contra o sexo feminino. Destacam-se a violência patrimonial, sexual e moral nos mais diversos espaços sejam públicos sejam privados.

O relatório da comissão aponta que muitas mulheres optam por recorrer a familiares a ir à delegacia representar formalmente contra o seu algoz. Cerca de 55,7% de mulheres agredidas não procurou a polícia. Das que foram à delegacia policial e não representaram formalmente contra o seu agressor, destacam-se, fundamentalmente as seguintes razões: a) o fato de a polícia não querer fazer o registro; b) não queria envolver a polícia ou medo de represália; c) a falta de provas; e d) não acreditava na polícia.

⁹ A Lei 13.344 de outubro de 2016 modificou o tratamento do tráfico internacional de pessoas, ampliando a tipificação não somente para tráfico de pessoas com finalidade sexual.

A Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 -, desde a sua implementação apresenta um número crescente de ligações de 2006 a 2012. Em 2006, foram 46.423 ligações e em 2011, 667.116 ligações.

Não obstante os avanços em termos de política pública no enfrentamento as violências que vitimam as mulheres, a conscientização ainda é de impreterível e deinadiável necessidade.

Se por um lado há um avanço na democratização do debate, notadamente na participação de mulheres ocupando os espaços de fala, outrora afugentadas do cenário político, os homens também, no Senado Federal, discutem o que é mais conveniente ao corpo da mulher no que se refere ao aborto.

3 O RETROCESSO CONSERVADOR: A PEC 181 DE 2015

O Deputado Federal Jorge Tadeu Mudalen apresentou um apenso ao Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 181 de autoria do senador Aécio Neves, a PEC 181-A. A PEC 181, originalmente, propunha a alteração do artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, para estender o prazo de licença maternidade para o período de internação do recém-nascido, não ultrapassando, contudo, o prazo de duzentos e quarenta dias.¹⁰¹¹

A Comissão Especial destinada a proferir parecer à respeito da PEC 181-A problematizou a, supostamente, indevida interferência de outros poderes em flagrante desrespeito aos limites constitucionais de atribuição, consagrados no Art. 2º da Constituição do Brasil.

Propôs, então, a Comissão a discussão em torno de três eixos: a) dignidade da pessoa humana e o direito à vida; b) Estado de Direito; e, por fim, c) ativismo judicial. Dessa forma, foram realizadas audiência públicas e dois professores – sim, do sexo masculino-, foram ouvidos, os professores doutores Elival da Silva Ramos, professor titular da Universidade de São Paulo, e José Levi Mello do Amaral Júnior.

¹⁰ Para mais informações, consultar:

<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>. Aceso em: 15 fev. 2018.

O prof. Elival destacou o corrosivo ativismo judiciário, notadamente o do Supremo Tribunal Federal. Segundo ele, aos Tribunais não é dada a chancela de criar normas, porque não há escolha democrática de seus membros pelo voto popular. A eles é destinada, unicamente, a interpretação sistemática e teleológica.

No que diz respeito ao direito à vida, o professor Elival destacou que a preservação do direito à vida cabe ao parlamento, o qual possui a incumbência constitucional de determiná-la e discipliná-la.

O referido professor ressaltou, como exemplo de inadequação institucional do Poder Judiciário, a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos fetos anencéfalos. Nesse caso, o STF teria criado mais uma hipótese de aborto, não prevista no Código Penal.

Destacou, nesse diapasão, a importância do procedimento legislativo, orientado por discussões, audiências públicas, apresentação de emendas, debates e votações, corroborando o processo democrático.

Ainda dentro dos debates da referida comissão, foi ouvido o Dr. Paulo Jacobina –sim, mais um homem-, procurador da República que destacou o paradoxo entre posturas e práticas científicas: se de um lado, recua-se no tempo gestacional para assegurar a vida do feto, por outro uma outra postura científica promoveria e facilitaria implacavelmente o aborto.

Esse mesmo doutor ressaltou que nos Estados Unidos, o aborto foi possível com o ativismo judicial, lastreado na tese de que o aborto é um direito unilateral da mulher. Contudo, defende ele, essa tese não é definitiva e deveria esse posicionamento ser revisto, permitindo a democratização do debate com a participação daqueles que discordam do aborto.

Aqui, uma ressalva importante: até esse instante, apenas homens que comungam de uma mesma ideologia política participaram do debate. Nenhuma mulher foi ouvida até a manifestação da professora Lília Nunes dos Santos.

Sublinhou a professora Lília dos Santos que o direito à liberdade não é absoluto a ponto de permitir a supressão do direito à vida ao nascituro. Argumentou que todo direito fundamental tem um limite na ponderação, técnica interpretativa dos princípios constitucionais. Concluiu, dizendo: a Ação de

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 pretendeu tornar absoluta o direito de escolha da mulher ao aborto.

Importante ressaltar que, por ocasião das discussões da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a liberdade da mulher não foi manifestamente discutida. Os argumentos giraram em torno da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade e autonomia da vontade e direito à saúde. O cerne da argumentação, contudo, era a desclassificação da antecipação terapêutica do parto do feto da tipificação do aborto, porque esse último pressupõe viabilidade de vida extrauterina, enquanto o feto anencéfalo não.¹²

A segunda mulher que se manifestou foi a professora Maristela Pezzini, mestre em Direito. Ela enfatizou a importância da família e a relação orgânica entre família, vida e sociedade.

Mais três palestrantes homens foram ouvidos: Aridney Loyelo Barcellos, Presidente da Confederação Nacional das Entidades de Família, Caio de Souza Cazarotto, autor de dissertação intitulada O direito à vida do Nascituro: em busca da efetividade do direito e o Professor José Levi Mello do Amaral Júnior, professor da Universidade de São Paulo e Secretário Executivo do Ministério da Justiça.

3.1 O voto do relator: o deputado Jorge Tadeu Mudalen.

O relator evidenciou que a proteção jurídica destinada aos recém-nascidos prematuros encontra guarida em diversos dispositivos da legislação, como no Código Civil, em seu Art. 2º, segundo o qual a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, dispositivo já previsto no Código Civil de 1916. Além da criminalização do aborto no Código Penal, a inviolabilidade do direito à vida, a Lei de Alimentos Grávidicos, entre outros, todos preveem a proteção do nascituro.

Dessa forma, o resguardo dos direitos do recém-nascido, desde a sua concepção, no ordenamento jurídico não se coaduna com a tentativa de descriminalização do aborto, tampouco com a posição do STF no julgamento da ADPF nº 442. Sublinha ele que temas candentes, como a proteção à vida, devem ser

¹² Para mais: STF, Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 442, relator min.

afetos ao poder legislativo, sob pena de beirar ao autoritarismo das decisões monocráticas, malferindo a tripartição de poderes, esteio da República.

3.2 O projeto final

Art. 1º- O inciso XVIII, do art. 7º da Constituição Federal, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 7º: (...) XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, estendendo-se, em caso de nascimento prematuro, à quantidade de dias que o recém-nascido passar internado, não podendo a licença exceder a duzentos e quarenta dias"

Art. 2º - Dê-se a seguinte redação ao inciso III do art. 1º da Constituição Federal: "Art. 1º (...)

III- dignidade da pessoa humana, desde a concepção;

Art. 3º - Dê-se a seguinte redação ao caput do art. 5º da Constituição Federal: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Art. 4º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

No ordenamento jurídico brasileiro não há definição do início da vida. O Código Civil faz referência aos direitos do nascituro, sem, contudo, definir o termo inicial.

A esse respeito, aliás, 3 (três) teorias doutrinárias dentro do Direito Civil discutem qual seria o termo inicial dos direitos da personalidade. Não é objeto de discussão neste trabalho perscrutar à respeito dessas teorias. Contudo, a teoria concepcionista foi agasalhada pelo Superior Tribunal de Justiça. Segundo essa teoria, o nascituro desde a concepção possui direitos da personalidade, muito embora, alguns deles apenas sejam exercitáveis com o nascimento.¹³

A introdução na Constituição Federal da expressão "desde a concepção" pode dar margem a inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade versando sobre a inconstitucionalidade das hipóteses de aborto já permitidos por lei.

Ademais, a Proposta de Emenda Constitucional definiria o início da vida, a concepção.

¹³ STJ, Direito Civil. Indenização referente ao seguro DPVAT em decorrência de morte de nascituro. REsp 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014.

A implicação jurídica e problemática desse texto é que a discussão sobre o aborto encontraria um óbice jurídico. Afinal, como abarcar outras hipóteses de aborto se o início da vida é a concepção?

Boiteux (2016) destaca que Portugal em 2007, por plebiscito, descriminalizou o aborto voluntário até 10 semanas de gestação, prevendo um prazo mínimo de reflexão de três dias. Sublinha-se que Portugal foi um dos últimos países europeus a descriminalizar o aborto e isso foi em 2007. Em 2017, alguns conservadores no Brasil esforçam-se para obstaculizar o debate.

Hoje, o Código Penal permite o aborto nas seguintes situações: se não há outro meio de salvar a vida da gestante e se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (art. 128, CP).

Além das situações acima descritas, o Supremo Tribunal Federal criou a hipótese extralegal de aborto de feto anencéfalo na ADPF nº 442.

A criminalização do aborto é uma questão inscrita no território da moralidade e insculpida em uma legislação datada de 1940, portanto, anacrônica e dissonante dos direitos femininos conquistados ao longo dos anos.

Boiteux destaca que a criminalização deste crime é uma forma de controle do corpo da mulher pelo Estado. Em verdade, a mulher que aborta rompe com o papel social que à ela é dado.

A criminalização do aborto não obsta que o crime aconteça, apenas impede que a mulher o faça de forma segura, vitimando sobretudo mulheres pobres que recorrem a clínicas clandestinas de péssimas condições.

4 UM DIÁLOGO COM MÁRCIA TIBURI

Na análise do relatório da comissão, no qual se expõe as razões da emenda constitucional fica evidente que os espaços de fala, assim denominado por Marcia Tiburi (TIBURI, 2015), são proeminentemente masculinos. Em um universo de 8 (oito) pessoas, 6 (seis) eram homens. Homens que discutiam a respeito do corpo da mulher.

Assim como explana Tiburi, “homens falam sobre o aborto, mulheres – com raras exceções – parecem não se sentir confortáveis em defender a própria causa” (TIBURI, 2015)

Tiburi explana o patriarcado para além de um modelo racional de ética e estética, mas uma prática cotidiana que silencia as mulheres e as repelem dos espaços de discurso. A bem da verdade, a mulher decidir sobre o próprio corpo é uma afronta à hegemonia masculina nos espaços de poder e, por conseguinte, de domínio do discurso.

O patriarcado constrói modelos ideais de mulher: a famigerada mulher honesta, que até 2005 – sim, 2005, apenas há 8 anos - era mencionada no Código Penal. Boiteux bem lembra: o casamento com o estuprador era uma causa extintiva da punibilidade. (BOITEUX, 2016)

O Estado excluía da proteção penal mulheres com vida sexual ativa para além das fronteiras institucionais da família. Portanto, a prostituta não poderia ser vítima do estupro. Assim como a esposa, pois o sexo era parte integrante dos deveres conjugais da mulher.

Uma observação se faz importante: a instituição do casamento, notadamente, a católica, é, *de per se*, machista, reproduzindo o papel secundário da mulher na sociedade. O pai, durante a liturgia religiosa, conduz a mulher até o noivo. Nada mais é que uma metáfora que traduz a tradição da custódia da mulher do pai para o consorte.

Tiburi aduz: “no senso comum brasileiro vige o discurso de que a realização das mulheres está na maternidade e na feminilidade. Quem não obedecer a esta ordem do discurso poderá ser punida cruelmente” (TIBURI, 2015). As mulheres que optam por não ter filhos são estigmatizadas, achincalhadas, como se um parceiro e crias fossem fatalmente o destino de toda e qualquer fêmea.

A verdade é: retiram a opção das mulheres de decidirem a respeito de seus próprios corpos, obrigando-as a se reproduzir para cumprir sua função social. “Uma mulher deve calar, como se a fala articulada, que expõe ideias, fosse contra a natureza das mulheres e não uma construção jurídico-cultural” (TIBURI, 2015). É dessa forma que a comissão trata as duas mulheres que omitem opinião no texto. A

elas é destinado tão somente 4 (quatro) parágrafos, enquanto os demais palestrantes ocupam todo o texto de 16 (dezesesseis) páginas.

Repisa-se, o patriarcado reduz o espaço de fala das mulheres, impedindo a comunicação, o debate.

Contudo, um paradoxo: o relator, o deputado Jorge Tadeu Mudalen, alerta para a necessidade da ampliação do discurso com sujeitos contra o aborto. No entanto, impõe uma modificação no texto Constitucional sem ouvir àquelas favoráveis à causa.

A liberdade de pensamento e manifestação não é apenas um direito fundamental consagrado na Constituição. Ele deve ser exercitado e estimulado, especialmente por aqueles que ocupam espaços de poder, seja homem, seja mulher.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidentemente que as conquistas na luta contra a violência contra a mulher, em especial com a Lei Maria da Penha e do feminicídio, são indiscutíveis: o avanço ocorreu e está em progresso no Brasil. O que até a Constituição de 1988 foi ignorado, passou a ocupar as pautas do Congresso e das cortes superiores.

O ingresso das mulheres nos espaços de poder deu maior visibilidade à agenda feminista. Contudo há um intenso movimento na tentativa de frear esses avanços, não apenas no que se refere ao movimento feminista, mas a todos os movimentos minoritários de maneira geral, como os movimentos LGBTQ+, indigenista e negro.

A luta por direito nunca está assegurada, mas em constante processo de aprimoramento. Ocupar os espaços de poder é fundamental para levantar questões afetas a grupos que tradicionalmente foram excluídos do processo político.

O avanço é inegável. A luta por direitos urgente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir... Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 4 abr. 2019.

BOITEUX, Luciana. **A legalização do aborto e o feminismo**: amanhã vai ser outro dia. Folha de São Paulo, São Paulo, 8 jul. 2016.

PINTO; Andréia Soares; MORAES, Orinda Cláudia R. de; MANSO, Flávia Vastano (Org.). **Dossiê Mulher 2017**. Rio de Janeiro: Instituto de Segurança Pública, 2017.

TIBURI, Márcia. **O aborto e a bondade dos outros**. Disponível em: <http://www.marciatiburi.com.br/textos/oabortodosoutros.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018.