

SÉRIE DIREITO E DESENVOLVIMENTO – VOLUME 2

Direito e mobilização social

Organização Marta Rodriguez de Assis Machado

SÉRIE DIREITO E DESENVOLVIMENTO

**VOLUME 2 – DIREITO E
MOBILIZAÇÃO SOCIAL**

A SÉRIE PESQUISA DIREITO GV TEM COMO OBJETIVO PUBLICAR PESQUISAS E TEXTOS DEBATIDOS NA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. A SELEÇÃO DOS TEXTOS É DE RESPONSABILIDADE DA COORDENADORIA DE PUBLICAÇÕES.

SÉRIE DIREITO E DESENVOLVIMENTO

VOLUME 2 – DIREITO E MOBILIZAÇÃO SOCIAL

Marta Rodriguez de Assis Machado
(Organização)

ESTA OBRA ESTÁ LICENCIADA SOB A LICENÇA CREATIVE COMMONS ATRIBUIÇÃO NÃO COMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL (CC BY-NC 4.0), EXCETO ONDE ESTIVER EXPRESSO DE OUTRO MODO, PERMITINDO-SE CÓPIAS E REPRODUÇÕES, NO TODO OU EM PARTE, DESDE QUE PARA FINS NÃO COMERCIAIS E COM IDENTIFICAÇÃO DA FONTE.



EDITORIA-CHEFE

CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

EDIÇÃO

LYVIA FELIX

PREPARAÇÃO

DENISE DOGNINI (KALIMA EDITORES)

REVISÃO

LÍGIA ALVES

EDITORIAÇÃO E E.PUB

KNOW-HOW DESENVOLVIMENTO EDITORIAL

PROJETO GRÁFICO

ULTRAVIOLETA DESIGN

CAPA

RITA M. DA COSTA AGUIAR

Direito e mobilização social / organização Marta Rodriguez de Assis Machado - São Paulo : FGV
Direito SP, 2020.

214p. - (Coleção pesquisa Direito GV. Série direito e desenvolvimento, v. 2)

ISBN: 978-65-87355-05-4

1. Direitos civis - Brasil. 2. Mobilidade social. 3. Participação política. 4. Participação social. 5. Cidadania. I. Machado, Marta Rodriguez de Assis. II. Fundação Getulio Vargas.

CDU 347(81)

Ficha catalográfica elaborada por: Cristiane de Oliveira CRB SP-008061/O
Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

FGV DIREITO SP

COORDENADORIA DE PUBLICAÇÕES

RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR

BELA VISTA - SÃO PAULO - SP

CEP: 01330-000

TEL.: (11) 3799-2172

E-MAIL: PUBLICACOES.DIREITOSP@FGV.BR

DIREITOSP.FGV.BR

SOBRE A ORGANIZADORA

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

PROFESSORA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP), PESQUISADORA DO CEBRAP. GLOBAL FELLOW DO CENTRE FOR LAW AND SOCIAL TRANSFORMATION (UNIVERSIDADE DE BERGEN). PESQUISADORA PRINCIPAL DO MECILA – MARIA SIBYLLA MERIAN INTERNATIONAL CENTRE FOR ADVANCED STUDIES IN THE HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES CONVIVIALITY-INEQUALITY IN LATIN AMERICA.

SOBRE OS AUTORES

ANA DE MELLO CÔRTEZ

DOCTORANDA EM DIREITO PÚBLICO NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (FDUC). MESTRA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO – INSTITUIÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO POLÍTICO E SOCIAL PELA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). GRADUADA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP).

FELIPE FIGUEIREDO GONÇALVES DA SILVA

MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA FGV DIREITO SP. ADVOGADO.

LARISSA MARGARIDO

MESTRANDA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA FGV DIREITO SP, BENEFICIÁRIA DA BOLSA MARIO HENRIQUE SIMONSEN DE ENSINO E PESQUISA. BACHARELA EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDRP-USP). PESQUISADORA EM DIREITO, COM FOCO EM DIREITOS HUMANOS, GÊNERO, RAÇA E REPRESENTATIVIDADE.

LÍVIA GONÇALVES BUZOLIN

DOCTORANDA E MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). BACHARELA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE. BACHARELA EM COMUNICAÇÃO SOCIAL PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA (UNESP). ADVOGADA E PESQUISADORA EM DIREITO.

LORENA OTERO

ESPECIALISTA EM PROCESSO PENAL PELO IBCCRIM/UNIVERSIDADE DE COIMBRA. ADVOGADA.

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

PROFESSORA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP), PESQUISADORA DO CEBRAP. *GLOBAL FELLOW* DO CENTRE FOR LAW AND SOCIAL TRANSFORMATION (UNIVERSIDADE DE BERGEN). PESQUISADORA PRINCIPAL DO MECILA – MARIA SIBYLLA MERIAN INTERNATIONAL CENTRE FOR ADVANCED STUDIES IN THE HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES CONVIVIALITY-INEQUALITY IN LATIN AMERICA.

MILENA DE MAYO GINJO

MESTRA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA FGV. GRADUADA EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDRP-USP).

NATÁLIA NERIS

DOCTORANDA EM DIREITOS HUMANOS NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). MESTRA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA FGV. BACHARELA EM GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA USP.

TAÍS PENTEADO

MESTRANDA NO PROGRAMA DE Mestrado Acadêmico da FGV Direito SP, na linha de Instituições Democráticas do Estado de Direito, com Bolsa Mario Henrique Simonsen e Apoio Financeiro da FAPESP. Pesquisadora permanente do Núcleo de Justiça e Constituição da FGV Direito SP desde 2017. Graduada em Direito pela FGV Direito SP. Desde a graduação, participa de pesquisas com foco em Direito Constitucional e Teoria do Direito, mais especificamente aplicando a Teoria Feminista do Direito ao caso do aborto no Brasil.

APRESENTAÇÃO

ESTUDAR A MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E TECER OS FIOS ENTRE SOCIOLOGIA E DOGMÁTICA JURÍDICA

The social movement literature, although it pays some attention to law, makes little use of legal scholarship. In turn, and of more direct concern for present purposes, legal scholars seem largely oblivious to the extensive social science literature on social movements. Apparently, the narrow university paths that separate law schools from social science buildings are harder to cross than the Atlantic Ocean; the language barrier between legal and social science discourse is higher than the one between English and French, German or Italian; and the sense of foreignness that affects legal scholars and social scientists who belong to the same university, share the same political views, and live in the same neighborhoods is greater than that which divides inhabitants of different continents. (RUBIN, 2001)

A situação de mútuo isolamento entre cientistas sociais e pesquisadores do direito, descrita por Edward Rubin em 2001, não é nem um pouco ultrapassada no que diz respeito aos estudos sobre movimentos sociais. É também uma descrição válida da relação entre os/as cientistas sociais e os/as juristas que se interessam pelo tema no Brasil. Até recentemente, o campo de estudos sobre confronto político e direito estava dominado pela noção de “judicialização da política”, que tende a considerar o direito e a política mundos completamente distintos (MACIEL; KOERNER, 2002; NOBRE; RODRIGUEZ, 2011). O desenvolvimento de um campo de pesquisa sobre a política da mobilização social e sua relação com o direito está ainda em construção por aqui (por exemplo, SANTOS, 2007; MACIEL, 2011; LOSEKANN, 2013; CARDOSO; FANTI; MIOLA, 2013; ALMEIDA; MONTEIRO; SMIDERLE, 2017; TAVOLARI *et al.*, 2018; MACHADO; MACIEL, 2018).

O campo da sociologia dos movimentos sociais vem investigando, há algum tempo, uma multiplicidade de aspectos relacionados à mobilização social – o surgimento de movimentos sociais e seus contextos políticos, suas estruturas (organizações, redes, coalizões), formação de atores (recrutamento, motivações, identidades coletivas), construção de reivindicações

e uso de enquadramentos, usos e *repertórios* de ação (estratégias, táticas e símbolos de mobilização coletiva) (MCADAM; TARROW; TILLY, 2001). Nessa tradição de pesquisa, o foco analítico da relação entre movimentos sociais e Estado recai sobre arenas majoritárias (Executivo e Legislativo), entendidas como fontes de oportunidades políticas e ameaças à mobilização coletiva. O Judiciário, como parte do sistema político, recebeu menos atenção. Desde a década de 1990, uma literatura mais interdisciplinar vem ganhando força, baseada na síntese entre sociologia política e sociologia do direito oferecida por McCann (2006a; 2006b). Essa literatura vem documentando os caminhos que levam um movimento social a adotar estratégias envolvendo litígio e *lobby* legislativo ou administrativo. Em uma linha, como atores e atrizes de movimentos sociais acessam as instituições formais usando o direito como recurso, estratégia e retórica política para promover mudança social e política.

Nesse campo, a relação entre a esfera política e o sistema jurídico é observada primariamente de duas formas. Primeiro, por seus efeitos e resultados instrumentais: a legislação produzida, as decisões das cortes e as ações de agências administrativas. Segundo, por seu efeito político e cultural difuso e de longo prazo sobre como as organizações aprendem a mobilizar o direito e, ainda, o impacto disso em identidades políticas (EDELMAN; LEACHMAN; MCADAM, 2010).

De acordo com a metáfora de Rubin, o/a cientista social segue os atores do movimento “até a porta do tribunal, a entrada da sala de discussão de projetos do legislativo ou até a porta de vidro ou de metal da agência administrativa”. Nesse ponto, porém, ele/ela “os perde de vista” (RUBIN, 2001, p. 50). Do outro lado da porta está o/a pesquisador/a do direito, que nota a reivindicação feita pelos atores e atrizes do movimento social, os argumentos e a linguagem utilizados, os direitos defendidos. Embora alguns juristas sejam sensíveis a causas sociais, não há, em geral, interesse acadêmico nas origens das reivindicações, nas relações entre advogados e organizações ou no processo político que originou a comunicação em linguagem jurídica.

Isso significa que, mesmo quando os/as dois/duas profissionais estão observando o mesmo objeto, suas perspectivas variam e eles/elas não veem um/a ao/a outro/a pela porta. Enquanto a literatura sobre movimentos sociais está interessada na mudança do direito, ela se refere ao direito de um ponto de vista externo. Cientistas sociais prestam atenção, primordialmente, no que conduziu a estratégia até as instituições e seus efeitos sociais.

Capturar a lógica interna do direito não está em seus objetivos. Cientistas sociais geralmente não se envolvem nos “detalhes técnicos, aparentemente misteriosos”, da dogmática jurídica, da elaboração da lei ou da edição de regulamentações/decisões administrativas. De outro lado, os pesquisadores e as pesquisadoras do direito observam a influência e o impacto dos movimentos sociais em decisões – a maior parte das vezes reconhecendo os movimentos sociais como fonte de mudança –, mas não se interessam em investigar mais a fundo – ou de forma mais ampla – a dinâmica das batalhas político-jurídicas. Não se aventuram no “mundo caótico e empírico da mobilização, do recrutamento, da estratégia política e do comportamento das organizações” (RUBIN, 2001, p. 51). Há, portanto, um campo fértil de pesquisa, ainda pouco explorado, que é feito de pesquisadores e pesquisadoras que se interessam pelo que há nos dois lados da porta e que estão, assim como nós, ávidos por entender mais profundamente as relações de mútua implicação entre o contexto político e organizativo e a linguagem do direito e seus efeitos coercitivos e simbólicos. Se esse é um objetivo ambicioso, este volume é testemunho de alguns passos iniciais dessa exploração.

Esta coletânea traz pequenos estudos sobre mobilização do direito, realizados no âmbito do programa de pós-graduação em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da FGV. São estudos localizados e focados em disputas em diferentes arenas – Assembleia Nacional Constituinte, Congresso Nacional, Executivo, Judiciário e ruas – e exploram distintas conexões entre o mundo da mobilização social e o mundo do direito, ora com mais ênfase em um, ora noutro. Também exploram distintas facetas da relação entre direito e movimentos sociais, ora positivas, como conquistas legislativas, litígio estratégico e participação em cortes constitucionais; ora negativas, como fracassos de implementação, ações de despejo e repressão ao protesto de rua.

O texto que abre este volume é, não por acaso, sobre o momento em que se inauguram, na Nova República, as possibilidades de mobilização social em arenas formais do Estado: a Assembleia Nacional Constituinte, que foi um grande catalizador de mobilizações pelo uso do direito para projetos de transformação social no Brasil, não só por ter oferecido um espaço de mobilização em si, mas por ter nos legado os recursos institucionais, legais, morais e simbólicos para mobilização nas três décadas que a ela se seguiram. Natália Neris descreve o funcionamento da Assembleia e as possibilidades de participação social que ali se abriram. Resultado de

cuidadosa pesquisa empírica nas atas da Constituinte, seu trabalho nos mostra como o movimento negro se organizou para participar desse processo, os diagnósticos que trouxe sobre a situação da população negra no país e as demandas que apresentou. No balanço do que foi aprovado, aponta as vitórias dessa potente mobilização – sem dúvida, o movimento social mais organizado desse processo –, mas também os fracassos ou persistências – boa parte dos problemas e demandas que foram ali apresentados por esses atores e atrizes, como violência policial, racismo, igualdade no acesso ao emprego, continua atual e urgente.

Larissa Margarido realiza uma extensa reconstrução das batalhas do movimento de mulheres brasileiras, desde a década de 1970 até os recentes episódios de ataques cibernéticos, por legislações especiais que buscam dar conta do problema da violência de gênero. Seu texto também passa pela atuação do *lobby* das mulheres na Constituinte, a formação de articulações e alianças nacionais e internacionais nos anos 1990 e 2000 e a forte mobilização de organizações da sociedade civil realizando campanhas e *advocacy* no parlamento, de forma sustentada ao longo dessas décadas. A narrativa de muitas vitórias legislativas – incluindo a Lei Maria da Penha e a confirmação de sua constitucionalidade pelo STF em 2012 – não deixa obscurecer, ao final de seu texto, o paradoxo do aumento da violência de gênero. Um paradoxo que aponta para a continuidade das disputas políticas pela igualdade de gênero nos processos de aplicação da lei pelo sistema de justiça. No mesmo texto, saímos da década 1970, quando não havia nenhuma legislação de proteção à violência de gênero, e percorremos episódios de mobilização dos movimentos de mulheres e feministas, as quais influenciaram a formação de um conjunto importante de leis que reconhecem a violência de gênero e dão-lhe tratamento especial. E também deparamos com a resiliência da narrativa da “legítima defesa da honra”. Utilizada na década de 1980 pelo criminalista Evandro Lins e Silva para responsabilizar a vítima Angela Diniz, uma “mulher fatal”, pelo homicídio praticado pelo companheiro, no famoso caso Doca Street, essa narrativa é exatamente o mesmo mecanismo de culpabilização da mulher ainda encontrado entre os operadores do direito em plenos anos 20 do século seguinte.

Lívia Gonçalves Buzolin, Ana Cortês e Taís Penteado voltam-se para o litígio estratégico no Supremo Tribunal Federal, uma das arenas mais importantes para a conquista de direitos LGBTQ+ e direitos sexuais e reprodutivos na última década, dada a dificuldade do avanço do tema na arena do Legislativo.

Lívia analisa os dois julgamentos mais importantes dessa Corte para a população LGBTQ+ – o caso da união homoafetiva (2011) e o da criminalização da homofobia e transfobia (2019) – e avalia dois tipos de efeitos da participação de ativistas e organizações da sociedade civil como *amici curiae*. De um lado, os efeitos diretos que podem ser medidos pelas correlações entre os argumentos apresentados pelas entidades e os votos dos ministros e ministras e, de outro, os efeitos simbólicos da participação, que produzem efeitos sociais por si sós. Nesse sentido, o resultado é ambivalente, já que seu estudo aponta tanto para o aumento da representatividade de pessoas LGBTQ+ entre 2011 e 2019 como para o espaço conquistado pela inédita presença da Bancada Evangélica na Corte.

Seu estudo permite pensar o papel das audiências públicas e dos pronunciamentos na Corte, para muito além do resultado – jurídico –, que olha para o grau de influência na decisão. A participação em julgamentos dessa magnitude e com grande repercussão social tem efeitos que transcendem a arena do Judiciário. Na intersecção entre o jurídico e o sociológico, ela nos convida a considerar a arena aberta pelo Judiciário como um *locus* de visibilidade importante utilizado pelos movimentos sociais para fazer ressoar no debate público suas posições. Dessa forma, o tribunal pode funcionar como palco – *staging area*, na expressão de Kirchheimer (1961, p. 4) – para o confronto entre distintas posições. Trata-se de uma oportunidade para conquistar apoiadores e ampliar a adesão à causa. Ou para inserir novos elementos no jogo político das demais arenas.

Na mesma intersecção, Ana Cortês analisa, de um lado, o processo formal de ampliação do acesso à participação no litígio constitucional, e, de outro, as barreiras informais que o ritual do direito impõe a organizações de minorias. Seu texto discute, no âmbito jurídico, a ampliação do rol de legitimados para propor a ação de controle concentrado de constitucionalidade. Esse processo se iniciou na Constituição de 1988, que ampliou consideravelmente o rol de legitimados, e tem como um momento importante uma decisão, de 2018, do Ministro Luís Roberto Barroso, que reverteu o entendimento até então consolidado de que “entidades de classe de âmbito nacional”, como diz o texto constitucional, seriam apenas as ligadas a categorias econômicas e profissionais. Essa decisão aceita, de forma inovadora, a proposição de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), superando a

interpretação restritiva e anacrônica do conceito de classe. Essa importante abertura em termos de oportunidades legais, contudo, como mostra Ana Cortês, deve ser avaliada diante de aspectos sociais e organizacionais. A participação de movimentos sociais em debates constitucionais está frequentemente ligada a processos de “seletividade social” da Corte, como a demora na divulgação da pauta, a necessidade de realizar viagens a Brasília, a exigência de representação por advogado ou advogada, o traje necessário, o vocabulário adequado. Assim, sob essa dupla perspectiva, Ana aponta, ao mesmo tempo, para a ampliação formal da possibilidade de participação como sinal de maior democratização do acesso e para aspectos informais que afetam negativamente a possibilidade de participação de entidades que frequentemente atuam com recursos humanos e financeiros limitados.

Ainda no âmbito da arena constitucional, Taís Penteadó analisa a decisão do STF no caso da ADPF 54. Essa decisão representa inegável vitória do movimento pró-escolha brasileiro, na medida em que passa a permitir a interrupção da gestação em caso de gravidez anencefálica. Trata-se da única ampliação das hipóteses de abortamento legal, estabelecidas de forma bastante restritiva desde o Código Penal de 1940. Sem deixar de reconhecer o inegável avanço ao direito das mulheres, Taís propõe uma outra metodologia para acessarmos os efeitos de um litígio, ou melhor, de uma decisão fruto de um litígio estratégico: trata-se de acessar, para além dos efeitos diretos da decisão, os efeitos da argumentação jurídica. No processo de formação da jurisprudência, é a argumentação jurídica que, a longo prazo, representa ou não a abertura de oportunidades legais para futuros litígios. No caso da gravidez anencefálica, a maioria dos votos foi a favor da causa, porém utilizou argumento irrelevante para as mulheres; esses votos revelam uma “fraqueza”, nas palavras de Taís, no que se refere ao seu potencial de abrir espaço para discussões futuras sobre aborto. Em um exercício profundo de análise jurídica, Taís propõe, na verdade, uma reflexão sobre as implicações e os efeitos políticos da argumentação jurídica, mostrando, além disso, afinidades eletivas – e complementaridades – entre os estudos de mobilização e os trabalhos normativos sobre teorias feministas do direito.

Partindo do mesmo pressuposto, ou seja, o de que a dogmática jurídica é um campo de disputas sobre o sentido da norma, os dois últimos textos mostram, ao mesmo tempo, a faceta violenta do direito, mas também as fissuras que permitem dizer que, em uma democracia, há espaço para disputa pelo sentido do direito.

Milena Ginjo percorre quase que etnograficamente o processo judicial do “caso Pinheirinho”, no qual se discutiram durante quase oito anos os fundamentos jurídicos que supostamente justificaram a remoção forçada de centenas de famílias de um imóvel em disputa possessória no interior de São Paulo. Revela ao longo do texto os inúmeros lances do embate entre repressão e resistência nas minúcias dos institutos e procedimentos jurídicos mobilizados nos anos que antecederam a ação policial de 22 de janeiro de 2012. Posições estas que, no âmbito do processo judicial, disputavam conceitos distintos do direito de propriedade, mas que, no jogo político, revelavam alianças distintas entre, de um lado, movimento de moradia, Defensoria Pública, Ministério das Cidades, Ministério Público Federal e Justiça Federal e, de outro, interesses imobiliários, Governo do Estado de São Paulo e Justiça Estadual paulista. A remoção forçada, como resultado do processo, revela o potencial perverso de uma faceta violenta e repressiva do direito, expondo, por exemplo, como uma decisão monocrática, aparentemente formal e processual, de um Ministro do STJ tem consequências irreversíveis na vida de centenas de pessoas. De outro lado, mostra também que – sem minimizar a violência da remoção – o próprio direito oferece instrumentos para a continuidade da disputa: o caso foi levado a juízo internacional para cobrar a responsabilização de agentes públicos e deu ensejo a novas ações de reparação de danos, tanto na esfera judicial como na administrativa.

É da disputa pelo espaço de mobilização *versus* repressão que trata o último texto, que escrevi em parceria com Felipe Gonçalves e Lorena Otero. Ele mostra o percurso da Marcha da Maconha no Brasil, protesto realizado anualmente desde 2007, por coletivos e ativistas que questionam a proibição do uso de entorpecentes. O evento chamou a atenção das agências de controle, sobretudo dos Ministérios Públicos Estaduais e das autoridades policiais, que passaram a questionar a legitimidade do movimento e a legalidade da sua agenda política. A criminalização da Marcha deu-se sob a alegação de que suas atividades constituiriam os crimes de apologia ao crime e incitação ao uso de entorpecentes. A partir daí, a história da Marcha da Maconha foi marcada por episódios de repressão que só tiveram fim em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do movimento e da sua pauta política. O texto explora, ainda, as relações entre duas estratégias de mobilização radicalmente distintas, mas complementares: o protesto de rua (as Marchas anuais) e o litígio estratégico no STF (o Recurso Extraordinário, ainda pendente de julgamento, sobre a descriminalização do

uso de entorpecentes). Se a Marcha só pôde seguir acontecendo depois da decisão do STF garantindo-lhe o espaço de liberdade de expressão, uma das decisões mais cruciais do Tribunal sobre a vitalidade da nossa democracia, é o mesmo Tribunal que represa o julgamento do caso, desde 2011.

No conjunto, todos os textos oferecem uma pequena contribuição à reflexão sobre como o direito influencia e transforma os processos de organização e mobilização social, integrando identidades, reivindicações e estratégias de mobilização; mas também, e ao mesmo tempo, como o próprio direito é moldado pelas disputas sociais. É essa mútua afetação que impõe que nossos olhares cruzem as portas das instituições e olhem para a dupla constituição do fenômeno de mobilização do direito, dentro e fora dele.

Marta Rodriguez de Assis Machado

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, F. de; MONTEIRO, F. J.; SMIDERLE, A. A criminalização dos protestos do Movimento Passe Livre em São Paulo (2013–2015). *Rev. Bras. Ci. Soc.* [online]. 2020, v. 35, n. 102. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092020000100503&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 out. 2020.
- CARDOSO, E.; FANTI, F.; MIOLA, I. Z. Mobilização jurídica e sociedade civil: um panorama das entidades de defesa de direitos no Brasil. In: 37º Encontro Anual da Anpocs, 2013, Águas de Lindoia. *Anais [...]*. São Paulo: Anpocs, 2013.
- DE ALMEIDA, F.; NORONHA, R. Advogando nas ruas: advocacia em protestos no Rio de Janeiro e em São Paulo (2013–2015). *Caderno Eletrônico de Ciências Sociais*, Vitória, v. 4, n. 2, p. 5–28, 2016.
- EDELMAN, L. B.; LEACHMAN, G.; MCADAM, D. On law, organizations, and social movements. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, p. 653–685, 2010.
- KIRCHHEIMER, O. *Political justice: the use of legal procedure for political ends*. Princeton: Princeton University Press, 1961.
- LOSEKANN, C. Mobilização do direito como repertório de ação coletiva e crítica institucional no campo ambiental brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 2, p. 311–349, jun. 2013.
- MACHADO, M. R.; MACIEL, D. A. A batalha do aborto e a nova reação conservadora no Brasil. In: DEL RIO, A.; MARONA, M. C. (org.). *Justiça no Brasil, às margens da democracia*. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 72–99.
- MACIEL, D. A. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da campanha da Lei Maria da Penha. *Rev. Bras. Ci. Soc.* [online]. 2011, v. 26, n. 77, p. 97–112. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 out. 2020.

- MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova* [online]. 2002, n. 57, p. 113-133. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-644520020002000006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 out. 2020.
- MCCADAM, D.; TARROW, S.; TILLY, C. *Dynamics of contention*. Cambridge: Cambridge University, 2001.
- MCCANN, M. *Law and social movements*. London/Burlington: Ashgate Publishing, 2006a.
- MCCANN, M. Law and social movements: contemporary perspectives. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 2, p. 17-38, Dec. 2006b.
- NOBRE, M.; RODRIGUEZ, J. R. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos Estudos – Cebrap*, São Paulo, n. 91, p. 5-20, nov. 2011.
- RUBIN, E. L. Passing through the door: social movement literature and legal scholarship. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 150, n. 1, p. 1-83, nov. 2001.
- SANTOS, C. M. D. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 4, n. 7, p. 27-57, 2007.
- TAVOLARI, Bianca *et al.* As ocupações de escolas públicas em São Paulo (2015-2016): entre a posse e o direito à manifestação. *Novos Estudos – Cebrap*, São Paulo, v. 37, n. 2, p. 291-310, ago. 2018.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	
ESTUDAR A MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E TECER OS FIOS ENTRE SOCIOLOGIA E DOGMÁTICA JURÍDICA	7
<i>MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO</i>	
1. UM OUTRO PROJETO DE NAÇÃO: A QUESTÃO RACIAL NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1988	19
<i>NATÁLIA NERIS</i>	
2. POLITIZANDO LÁGRIMAS E SANGUE: A BATALHA DAS MULHERES BRASILEIRAS POR UMA VIDA SEM VIOLÊNCIA	41
<i>LARISSA MARGARIDO</i>	
3. O FALAR E O ESCUTAR DOS DIREITOS LGBT: REPRESENTATIVIDADE E CORRELAÇÕES NO STF	81
<i>LÍVIA GONÇALVES BUZOLIN</i>	
4. A PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL EM AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	107
<i>ANA DE MELLO CÔRTEZ</i>	
5. ADPF 54: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O QUE A DECISÃO REPRESENTA PARA O FUTURO DA LUTA PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL	127
<i>TAÍS PENTEADO</i>	
6. CASO PINHEIRINHO: DINÂMICAS DE REPRESSÃO E RESISTÊNCIA NA RECONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DO CONFLITO FUNDIÁRIO URBANO	151
<i>MILENA DE MAYO GINJO</i>	
7. O DEBATE PÚBLICO SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NO BRASIL: ESFERA PÚBLICA EM JOGO, DEMOCRACIA EM DISPUTA E A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA	171
<i>MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO, FELIPE FIGUEIREDO GONÇALVES DA SILVA, LORENA OTERO</i>	

CAPÍTULO 1

UM OUTRO PROJETO DE NAÇÃO: A QUESTÃO RACIAL NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1988¹

Natália Neris

Desde as Constituições de 1934 e 1946, estão dizendo que todos somos iguais perante a lei. Nós queremos, sim, mecanismos de resgate que possam colocar o negro efetivamente numa situação de igualdade porque, até o presente momento, somos iguais perante a lei, mas quem somos nós? [...] Gente, nós não somos iguais perante essa lei, absolutamente, tanto que o sacrifício que fizemos para chegar aqui, nós que somos a maioria da população brasileira, por que não está cheio de negros aqui? Por que esta Constituinte é tão plena de brancos e tem apenas uns gatinhos pingados de negro? Vamos refletir a respeito disso, e termos a seriedade de levar a fundo a questão de construir uma sociedade nova, uma Constituição que garanta o princípio da isonomia, senão, malandro é a velha heteronomia que nós já conhecemos desde 1500. [...] O nosso projeto de nação está em nossas instituições negras, está presente, por exemplo, em uma umbanda que recebe de braços abertos católicos espíritas, budistas. O nosso projeto é efetivamente de democracia, de sociedade justa, com todos os segmentos que a acompanham e igualitária em relação a todos os segmentos. (Lélia Gonzalez, 1987, apud NERIS, 2018, p. 90; 84)

- 1 Este artigo é fruto da dissertação de mestrado *A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988)*: um estudo das demandas por direitos, realizado na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, sob orientação da Professora Marta Rodriguez de Assis Machado. Publicado anteriormente com o título “A participação de negros e negras na Assembleia Nacional Constituinte” no livro *A Constituição golpeada (1988-2018)*, organizado por José Celso Cardoso Jr. e publicado no ano de 2018, contém alterações, fruto de valiosas sugestões das demais autoras desta coletânea, às quais agradeço.

INTRODUÇÃO

Promulgada ao final de um regime ditatorial, em um contexto de deterioração da situação econômica e de intensa mobilização da sociedade civil – portanto em meio a crises política, econômica e social –, a Constituição Federal de 1988 é referenciada como o marco da redemocratização brasileira. O desenho da dinâmica de funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) e os 583 dias de sua duração foram marcados por processos de disputas, negociações e por uma relação, sem precedentes no que se refere à intensidade, entre atores parlamentares e extraparlamentares: estima-se que diariamente a entrada no Parlamento era franqueada a dez mil postulantes no período de realização da ANC (PILLATI, 2008) e que nove milhões de pessoas tenham passado pelo Congresso no período de sua realização (ROCHA, 2013). Considerando também as mobilizações pré-Constituinte (caravanas, envio de cartas, telegramas e sugestões pelos cidadãos), a participação popular atinge proporções ainda maiores em termos numéricos (BRANDÃO, 2011).

Partindo do pressuposto de que o direito é constantemente transformado pelas lutas sociais (RODRIGUEZ, 2013) e de que o uso dessa linguagem por grupos subalternizados é capaz de visibilizar questões e contribuir para a minimização de desigualdades (WILLIAMS, 1987), busquei compreender de que modo se deu a tematização do racismo e das questões raciais nesse importante momento da história brasileira. Intentei *recuperar a agenda* do Movimento Negro – ator social que buscou de fato incidir no processo de elaboração da Constituição, como nos revela a fala da ativista Lélia Gonzalez, que abre o presente texto. Para tanto, estudei documentos que registram sua participação ao longo da ANC por meio do envio de *sugestões*, *emenda* e participação em duas *audiências públicas*.

Este artigo conta com três seções, além desta introdução. Na primeira, trato das possibilidades institucionalizadas de participação popular no processo constituinte e da dinâmica deste; na segunda, apresento as principais discussões no contexto de estruturação das instâncias que trataram da questão racial de forma específica, os atores e as atrizes do Movimento Negro que buscaram incidir no processo, bem como as demandas apresentadas; por fim, apresento, nas considerações finais, os dispositivos efetivamente incorporados à Constituição Federal e reflito sobre seu impacto passadas três décadas do evento em questão.

1. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE: POSSIBILIDADES DE PARTICIPAÇÃO EXTRAPARLAMENTAR E DINÂMICA DE FUNCIONAMENTO

O déficit de legitimidade do regime autoritário somado à reiterada constitucionalização de normas antidemocráticas e de medidas de exceção por parte de militares e aliados civis tornaram o recurso a uma Assembleia Nacional Constituinte incontornável para a instauração de um regime democrático no Brasil (BARBOSA, 2012; ROCHA, 2013).

A gestação da ideia da necessidade de convocação da ANC deu-se no interior da oposição institucional ao regime autoritário, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), e ganhou força a partir de meados da década de 1970 graças à mobilização de diferentes atores da sociedade civil brasileira, dentre os quais a Ordem dos Advogados do Brasil, juristas, grupos ligados à Igreja Católica e uma miríade de movimentos sociais (FERREIRA; REIS, 2007; MICHILES *et al.*, 1989). Tais grupos demandavam que a ANC fosse de fato *livre, soberana, exclusiva* e, mais do que isso, que seu Regimento Interno contivesse mecanismos que garantissem a participação popular.

Após amplo processo de disputa pelo desenho de seu formato, definiu-se que a ANC funcionaria *paralelamente* às demais atividades do Congresso que seria eleito regularmente no ano de 1986, com decisões de natureza *derivada*, de modo *descentralizado*, sem projetos, texto ou anteprojeto prévio² e, graças à intensa mobilização social, contou com quatro mecanismos de participação extraparlamentar, a saber: (1) a possibilidade de encaminhamento de sugestões;³ (2) a previsão de cinco a oito reuniões de cada subcomissão serem destinadas a audiências públicas com representantes da sociedade civil;⁴ (3) o mecanismo de emendas populares;⁵ e (4) a possibilidade de assistir a sessões, da galeria.⁶

2 Embora o presidente José Sarney tenha instituído no ano de 1985 por meio do Decreto n. 91.450 a “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, também conhecida como “Comissão Afonso Arinos” ou “Comissão dos Notáveis”, responsável pela elaboração de um projeto prévio de Constituição, a literatura aponta que tal documento não foi utilizado (ao menos não integralmente ou como base) durante os trabalhos da ANC.

3 Art. 13, § 11, do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte (RIANC).

4 Art. 14 do RIANC.

5 Art. 24 do RIANC.

No que se refere à dinâmica de funcionamento, foram estabelecidas oito Comissões Temáticas⁷ compostas, cada uma delas, por 63 membros titulares e igual número de suplentes. A cada uma delas estavam ligadas três Subcomissões Temáticas⁸ compostas por 21 membros.

Quanto à dinâmica de funcionamento, o processo contou, além da etapa de definição do Regimento, com seis momentos. Subcomissões e Comissões (Etapas 2 e 3) deveriam elaborar o projeto de Constituição com as Normas Gerais e Disposições Transitórias e Finais relativas à temática de

- 6 Art. 40 do RIANC. De acordo com BRANDÃO (2011, p. 90) este dispositivo funcionou também como importante instrumento de participação/pressão da sociedade civil. Esta se manifestou nas votações das matérias constitucionais, por meio dos “placares de votação” e dos “cartazes dos constituintes traidores do povo”, já que as matérias eram votadas por processo nominal (e não por votação simbólica ou secreta).
- 7 I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II – Comissão da Organização do Estado; III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; IV – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; V – Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; VI – Comissão da Ordem Econômica; VII – Comissão da Ordem Social; VIII – Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação.
- 8 À Comissão I: Ia – Subcomissão da Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais, Ib – Subcomissão dos Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias, Ic – Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais; À Comissão II: IIa – Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios, IIb – Subcomissão dos Estados, IIc – Subcomissão dos Municípios e Regiões; À Comissão III: IIIa – Subcomissão do Poder Legislativo, IIIb – Subcomissão do Poder Executivo, IIIc – Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público; À Comissão IV: IVa – Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos, IVb – Subcomissão da Defesa do Estado, Sociedade e Segurança, IVc – Subcomissão da Garantia da Constituição, Reformas e Emendas; À Comissão V: Va – Subcomissão dos Tributos, Participação e Distribuição de Receitas, Vb – Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, Vc – Subcomissão do Sistema Financeiro; À Comissão VI: VIa – Subcomissão dos Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e Atividade Econômica, VIb – Subcomissão da Questão Urbana e Transporte, VIc – Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e Reforma Agrária; À Comissão VII: VIIa Subcomissão do Direito dos Trabalhadores e Servidores Públicos, VIIb – Subcomissão da Saúde, Seguridade e Meio Ambiente, VIIc – Subcomissão dos Negros, Pessoas Deficientes e Minorias; E à Comissão VIII: VIIIa – Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, VIIIb – Subcomissão da Ciência e Tecnologia e Comunicação, VIIIc – Subcomissão da Família, Menor e Idoso.

sua competência,⁹ que seriam posteriormente encaminhadas à Comissão de Sistematização (Etapa 4), Plenário (Etapa 5) e Comissão de Redação (Etapa 6) até a Promulgação (Etapa 7).

Tendo em vista tal estrutura e dinâmica, a seguir focalizo a atenção nos trabalhos desenvolvidos no interior da Comissão da Ordem Social (Comissão VII), mais especificamente na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias (Subcomissão VIIc) – instâncias nas quais a questão racial foi prioritariamente tematizada.

2. MOVIMENTO NEGRO NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE “O LUGAR” DA QUESTÃO RACIAL NO PROCESSO CONSTITUINTE

Como apontei, o processo constituinte se deu de modo descentralizado e contou, em suas primeiras etapas (também definida na literatura como “*fase popular*”),¹⁰ com a participação de atores extraparlamentares.

Antes mesmo de partir para a apresentação da participação social na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias da Comissão da Ordem Social, interessou-me compreender como tais instâncias definiram suas dinâmicas de trabalho e, em certa medida, a percepção dos parlamentares sobre elas. Para tanto, realizei a leitura das atas das reuniões de instalação e estruturação da Comissão e Subcomissão.

Tais leituras apontam para aspectos bastantes relevantes: tanto na instalação da Comissão da Ordem Social quanto na da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias há uma visão compartilhada da importância das instâncias e dos temas tratados: “a espinha

⁹ Art. 15, parágrafo único, do RIANC.

¹⁰ A partir da fase da Comissão de Sistematização o processo inicia sua “fase parlamentar ou centralizada”.

dorsal das demais comissões”, a Comissão “onde o grito e a angústia dos trabalhadores terão que ser acolhidos”, a Subcomissão onde serão tratados assuntos “que foram menosprezados por gerações e gerações de brasileiros” são algumas das frases ditas pelos parlamentares. Ao mesmo tempo, há o diagnóstico de seu preterimento perante as outras instâncias: “os espaços que não despertaram o interesse da mídia”, os espaços não respeitados internamente e que precisam planejar ações para que “sejam levados a sério na Constituinte e fora dela”.

Chamam atenção também as diferentes interpretações acerca do esvaziamento da Subcomissão e as alternativas para o encaminhamento dos trabalhos, tendo em vista tal realidade.¹¹ O posicionamento de que os temas merecem ser *discutidos* entre os constituintes venceu a alternativa do procedimento formal de votações sem presença nos debates.¹²

Outro ponto relevante das reuniões envolveu a própria concepção/conceito de minorias que detinham os parlamentares. A pluralidade de temas ensejou questões como: trataremos de preconceito *étnico-cultural* ou também daqueles que se referem a problemas de *saúde*? Trataremos de estigmas *provisórios* ou somente dos *permanentes*?

De fato, como podemos concluir ao olhar para a programação das atividades da Subcomissão, foram ouvidos nesta instância, como disse o próprio presidente, “todos os que manifestaram o desejo de ali se fazer ouvir”: entre as minorias figuraram alcoólicos anônimos, idosos, talassêmicos, ostomizados, hansenianos, comunidades israelitas, representantes de empregados domésticos e representantes de entidades ligadas à questão carcerária e um interno do sistema prisional.

11 Desde as primeiras reuniões a Subcomissão em questão contou com baixa frequência de parlamentares, tendo dificuldades para encaminhar questões dado o não atingimento do quórum mínimo para deliberações foi rejeitada, os parlamentares presentes acreditavam na importância da obrigatoriedade de quórum mínimo em *todas* as reuniões.

12 Entre as discussões, aventou-se a hipótese de encaminhar as questões mesmo quando não houvesse quórum mínimo, convocando parlamentares apenas para dias de deliberações/votações. Essa possibilidade foi rejeitada. Os parlamentares presentes acreditavam na importância da obrigatoriedade de quórum mínimo em *todas* as reuniões.

Nesse momento do processo parece haver um comprometimento dos parlamentares no que se refere ao encaminhamento dos temas, tanto porque alguns deles se colocam de fato como representantes de grupos no processo constituinte (o *presidente portador de deficiência*, a *mulher negra constituinte*),¹³ tanto porque se mostram sensíveis a determinadas temáticas.

Na última reunião de organização dos trabalhos foi promovido um *panel informativo* para o qual foram convidados três acadêmicos especialistas nas temáticas: Manuela Carneiro Cunha (presidente da Associação Brasileira de Antropologia, que trataria da questão indígena), Paulo Roberto Moreira (economista, mestre em filosofia e assessor do Ministério da Cultura, que trataria sobre “aspirações dos portadores de deficiência física”) e Florestan Fernandes (sociólogo e constituinte, que “descreveria aspectos sociais dos problemas dos negros e indígenas”).

Tal reunião foi compreendida como uma necessidade para que os trabalhos fossem mais bem desenvolvidos e, no limite, a Subcomissão se fizesse ouvir pelas demais instâncias.

Concluída a etapa de estruturação, iniciaram-se no âmbito das Subcomissões as audiências públicas e a apreciação de sugestões encaminhadas por entidades. A seguir, tratarei desse momento do processo.

2.2. PRINCIPAIS TEMAS ABORDADOS NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

O Movimento Negro fez uso de todos os instrumentos de participação popular no processo constituinte. No que se refere às audiências públicas, dois encontros foram destinados à temática racial. Com duração total de cerca de 12 horas, as sessões contaram com 21 ativistas.¹⁴ Da leitura dos debates

¹³ Respectivamente, Ivo Lech (PMDB-RS) e Benedita da Silva (PT-RJ).

¹⁴ Leila de Almeida Gonzalez (Representante do Movimento Negro e Professores do Departamento de Sociologia da PUC), Helena Teodoro (Coordenadora da Comissão Especial de Cultura Afro-Brasileira do Município do Rio de Janeiro), Maria das Graças dos Santos (Representante do Movimento Negro Unificado), Murilo Ferreira (Representante da Fundação Afro-Brasileira do Recife), Ligia Garcia Mello (Representante do Centro de Estudos Afro-Brasileiros – Brasília), Orlando Costa (Instituto Afro-Brasileiro – Inabra), Mauro Pará (Fundação Sangô – RS), Januário Garcia (Representante do Instituto de Pesquisa da Cultura Negra), Lauro Lima dos Santos Filho (Psicólogo, professor da AEUDF e conselheiro do Memorial Zumbi), Paulo Roberto

dos encontros, observa-se que os/as militantes fizeram uso de grande parte do tempo de fala, e, em geral, as intervenções dos constituintes se deram ao final do encontro, o que indica uma priorização das vozes extraparlamentares nas audiências.

Permearam as falas: (i) diagnósticos sobre as condições de vida da população negra (que ora fizeram menção a questões históricas de um modo geral, ora se valeram de experiências pessoais ou histórias de vida); (ii) uma visão sobre o momento histórico vivido e sobre o papel da Constituinte, da Subcomissão e também sobre o papel do Direito e das leis no que se refere ao enfrentamento do racismo e das desigualdades raciais; e (iii) propostas de redação do texto e de temas a serem inseridos na Constituição.

Tendo em vistas *as duas audiências de modo global*, identifico como demandas centrais o reconhecimento da contribuição da população negra à sociedade brasileira (e o combate à ideia de divisão da sociedade em raças)¹⁵ e a reforma curricular – que deveria incorporar a história e a cultura africanas e afro-brasileiras nos currículos em todos os níveis educacionais.

As falas dos ativistas Lélia Gonzalez, Lino de Almeida e Helena Theodoro são emblemáticas nesse sentido:

Colocar a questão do negro numa sociedade como a nossa é falar de um período histórico de construção de uma sociedade, construção essa que resultou em um grande País como o nosso e que, em última

Moura (Assessor parlamentar), Natalino Cavalcante de Melo (Conselheiro do Inabrah), Raimundo Gonçalves Santos (Presidente do Núcleo Cultural de Girocan da Bahia), Lino de Almeida (Coordenador do Conselho das Entidades Negras da Bahia), Marcélia Campos Domingos (Representante do Centro de Estudos Afro-Brasileiros), Waldemiro de Souza (Presidente do Centro de Estudos Afro-Brasileiros), B. de Paiva (Teatro Experimental do Negro), Hugo Ferreira (ECO – Experiência Comunitária), Ricardo Dias (Conselho da Comunidade Negra de São Paulo), João Carlos de Oliveira “João do Pulo” (Esportista e Ex-deputado federal), Joel Rufino (Sociólogo, membro da Diretoria do Memorial Zumbi e militante do Movimento Negro) e João Jorge (Movimento Negro da Bahia).

15 Na reconstituição detalhada das discussões nas audiências públicas nota-se uma tendência de alguns parlamentares a olhar para a questão racial com alguma reserva, ora ponderando sobre a gravidade das desigualdades, ora ressaltando seu viés econômico, o que foi rebatido pelos/as ativistas durante toda a reunião.

instância, *resultou, também, para os construtores deste País, num processo de marginalização e discriminação*. Invocamos aqui as palavras de Joaquim Nabuco, ao afirmar que o africano e o afro-brasileiro trabalham para os outros, ou seja, construíram uma sociedade para a classe e a raça dominante. E falar de sociedade brasileira; falar de um processo histórico e de um processo social é falar justamente da contribuição que o negro traz para esta sociedade, por outro lado é falar de um silêncio e de uma marginalização de mecanismos que são desenvolvidos no interior desta sociedade, para que ela se veja a si própria como uma sociedade branca, continental e masculina, diga-se de passagem. (Lélia Gonzalez, *apud* NERIS, 2018, p. 105)

[...] A importância do dia de hoje foi justamente a possibilidade que se criou, nesta sala, nesta Subcomissão, de deixarmos claro, a alguns Representantes da Assembleia Nacional Constituinte, o caráter do Movimento Negro brasileiro. O Movimento Negro brasileiro foi confundido – se é que podemos chamar isso de confusão – com um movimento antibranco. *Na verdade, o branco, neste País, sempre simbolizou o racismo, sempre foi o símbolo da opressão, da injustiça e da discriminação*. Consequentemente, o movimento social se organiza *no sentido de transformar essa realidade* e passou a ser caracterizado como um movimento antibranco. (Lino de Almeida, *apud* NERIS, 2018, p. 134)

Que atrativo pode ter a escola para uma criança negra, se a família que lhe apresentam como modelo é aquela da classe média branca, “certinha”, vivendo numa espécie de paraíso? Que atrativo pode ter a escola para uma criança negra se a opressão e a exploração em que vive sua comunidade são consideradas naturais? Que atrativo pode a escola oferecer para uma criança negra se seu passado histórico, sua ancestralidade são caracterizados como exemplos de sujeição, submissão e subserviência e não de resistência e de luta contra a violência do sistema imposto pelo dominador branco? Que atrativo pode ter a escola para uma criança negra, se a produção cultural de sua comunidade só é considerada a partir da ótica distorcida do exotismo, nas camadas do folclore? Que atrativo a escola pode oferecer a uma criança negra e pobre se sua presença mesma, de criança negra e pobre, é cotidianamente negada nas atividades didáticas? Que atrativo pode ter a escola para uma criança negra se quando ela reage às práticas infantilizantes e repressivas dessa mesma escola é remetida para os setores de “assistência” psicológica

ou psiquiátrica como “desajustada” ou coisas tais? Nem mesmo o único atrativo que lhe é oferecido, ou seja, a merenda escolar consegue reter por muito tempo o contingente de crianças negras e pobres que frequentam a rede escolar oficial. *Preferem “ir à luta”, viver de expedientes, de pequenos trabalhos “pra ajudar em casa” do que “perder tempo” na escola.* O mínimo de salário que venham a ganhar lhes parece muito mais compensador do que ficar “quebrando a cabeça”. *E têm toda razão infelizmente.* (Helena Theodoro, *apud* NERIS, 2018, p. 168)

[...] Modificar a escola, incluir nos currículos a história do negro do Brasil e a história do negro em África. Estabelecer uma relação de igualdade, entre os cultos afro-brasileiros com os cultos católicos e protestantes. *É uma necessidade efetiva para que nós possamos ver um Brasil real.* Essa Subcomissão tem uma responsabilidade muito grande, a meu ver. Porque é a responsabilidade de construir um novo Brasil; de construir a possibilidade de se entender que este País é um país plural e que nós temos que fazer alianças, temos que dar um pulo muito grande, de sair de uma ótica, que é uma ótica unificada, posta no liquidificador, homogênea, para uma ótica heterogênea. Porque a riqueza está no diferente, não está no igual. A grande riqueza do nosso país está exatamente aí, nessa possibilidade que nós temos dessas diferenças; em modificar o nosso discurso. (Helena Theodoro, *apud* NERIS, 2018, p. 110)

Ademais, chama atenção neste momento do processo a preocupação por parte do movimento social de garantir “algo mais que a igualdade formal no texto da Constituição”.

Observamos reiteradas tentativas de definição do termo *isonomia* ou *dos mecanismos de caráter compensatório* e de propostas nesse sentido, tanto por parte da militância quanto dos constituintes:

O que nós queremos é que a *cultura negra seja reconhecida com tal, não é para separar, não é para fazer o jogo inverso do racismo.* Eu não acredito que cultura nenhuma seja superior à outra, mas acredito que cada cidadão possa ter o direito de ter a sua história, de ter a sua identidade, de ter o seu *ethos*. Então, se eu sou resultado de negros africanos, de japoneses, de portugueses, eu quero conhecer o lado dos portugueses, o lado dos japoneses, o lado dos africanos. Por que privilegiar um grupo e não privilegiar outro? *O que nós queremos é igualdade.* Quando nós pensamos em pluralidade, nós pensamos em compor, fazer alianças,

mas não colocar no liquidificador fazendo coisa nenhuma, porque colocar tudo no liquidificador é fazer uma salada que não é nada. O que é realmente a identidade cultural brasileira? *É um pouquinho de cada coisa mexida em função dos interesses de quem está sempre no poder. E por que este poder não muda? Por que estão sempre os mesmos no poder? Por que os despossuídos são sempre os mesmos? E que diabo de Constituição é essa que garante a igualdade, e essa igualdade não existe?* (Helena Theodoro, *apud* NERIS, 2018, p. 117)

[...] não seria a hora de chegarmos e, no que diz respeito àquela preocupação da Lélia e da Helena, colocado de uma outra forma pelo Constituinte Alcení Guerra, dizermos concretamente, metendo os dedos na ferida: no Brasil, as vagas nas escolas públicas, as vagas nas escolas privadas, as vagas nas igrejas, se quiserem radicalizar, serão divididas proporcionalmente. Será um choque! As vagas no mercado de trabalho serão divididas proporcionalmente [...]

Não sei se teremos força política para cumprir um preceito constitucional desse nível. Aí, vem a questão que coloquei no início; de toda essa consciência da cidadania negra, do cidadão negro, teremos a força política para com que isso se tome uma realidade, na prática, a nível do respeito aos direitos do cidadão. Mas, por outro lado, *estou ficando cansado de ver a luta dos homens e mulheres negras neste País não se viabilizar politicamente, porque o preconceito, a negação dos direitos, a negação de uma identidade histórica, que é a própria negação da nossa história, é muito forte na consciência racista deste País.* (José Carlos Sabóia, *apud* NERIS, 2018:120)

Nota-se também, por meio das audiências, que a militância possuía clareza de que a Constituição representava *uma etapa* da luta contra o racismo – um momento importante o qual o Movimento não estava subestimando (o que seria um “*erro político*”, como afirmou um dos ativistas) – mas que deveria ser acompanhado de uma atuação constante nos anos vindouros no sentido de garantir a efetivação das possíveis conquistas.

2.3. DEMANDAS ENCAMINHADAS VIA SUGESTÕES E EMENDA POPULAR

O Movimento Negro encaminhou sete documentos assinados por pelo menos 70 organizações, contendo sugestões à ANC. Os documentos são sistematizados nos Quadros 1 e 2, a seguir. Vejamos:

QUADRO 1 – DEMANDAS DO MOVIMENTO NEGRO – RESOLUÇÕES DA CONVENÇÃO NACIONAL O NEGRO E A CONSTITUINTE

ASSUNTO/TEMA	DEMANDA
DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS	<ol style="list-style-type: none"> 1. CRIMINALIZAÇÃO DO PRECONCEITO DE RAÇA (INAFIANÇÁVEL E IMPRESCRITÍVEL). 2. PROIBIÇÃO DE PENA DE MORTE (RESSALVADA A LEGISLAÇÃO PENAL APLICÁVEL EM CASO DE GUERRA EXTERNA), PRISÃO PERPÉTUA E BANIMENTO. 3. RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS DETENTOS E PRESIDÁRIOS, ESTABELECIMENTO DE ATIVIDADE PRODUTIVA RENTÁVEL AO PRESO E À PRESA, SENDO 80% DA RENDA REVERTIDOS EM PROL DE SUA FAMÍLIA E 20% EM PROL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. 4. CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL ESPECIAL PARA JULGAMENTO DOS CRIMES DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL. 5. CONSIDERAÇÃO DA TORTURA FÍSICA E/OU PSICOLÓGICA COMO CRIME CONTRA A HUMANIDADE.
VIOLÊNCIA POLICIAL	<ol style="list-style-type: none"> 1. UNIFICAÇÃO DAS POLÍCIAS CIVIL E MILITAR (E INSTITUIÇÃO DE CURSOS PERMANENTES DE RECICLAGEM E MELHORES CRITÉRIOS DE SELEÇÃO E ADMISSÃO DE POLICIAIS NO SENTIDO DE GARANTIR O RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO CIDADÃO, INDEPENDENTEMENTE DE SUA RAÇA OU COR). 2. CRIMES RELACIONADOS AO ABUSO DO PODER COMETIDOS PELA POLÍCIA SERÃO JULGADOS PELA JUSTIÇA COMUM.
CONDIÇÕES DE VIDA E SAÚDE	<ol style="list-style-type: none"> 1. LICENÇA-MATERNIDADE DE SEIS MESES. 2. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PARA FORTALECIMENTO DE PROGRAMAS DE PREVENÇÃO DE DOENÇAS. 3. ESTATIZAÇÃO, SOCIALIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DO SISTEMA DE SAÚDE. 4. ASSISTÊNCIA AO IDOSO, INDEPENDENTEMENTE DE CONTRIBUIÇÃO À PREVIDÊNCIA. 5. ESTATIZAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO. 6. CONSTRUÇÃO DE MORÁDIAS DIGNAS PARA AS POPULAÇÕES CARENTES E DE BAIXA RENDA. O GASTO COM A MORADIA NÃO SERÁ SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO DO TRABALHADOR. 7. DESTINAÇÃO DE 20% DO ORÇAMENTO DA UNIÃO À SAÚDE. 8. NACIONALIZAÇÃO DE TODAS AS INDÚSTRIAS E LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS NO PAÍS.
MULHER	<ol style="list-style-type: none"> 1. QUE SEJA ASSEGURADA A PLENA IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE O CASAL, E QUE À MULHER MÃE SEJA ASSEGURADO O DIREITO DE FAZER CONSTAR NO REGISTRO DE NASCIMENTO DO FILHO O NOME DO PAI, INDEPENDENTEMENTE DO ESTADO CIVIL DA DECLARANTE. 2. PROIBIÇÃO DE IMPLANTAÇÃO DE TODOS E QUAISQUER PROGRAMAS DE CONTROLE DA NATALIDADE PELO ESTADO. 3. DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NA FORMA QUE DISPUSER A LEI ORDINÁRIA.
MENOR¹⁶	<ol style="list-style-type: none"> 1. ESTABELECIMENTO DE QUE SÃO DEVERES DO ESTADO A EDUCAÇÃO E A MANUTENÇÃO DA CRIANÇA CARENTE DOS ZERO AOS 16 ANOS. 2. PROIBIÇÃO DA MANUTENÇÃO DE CASA DE DETENÇÃO DE MENORES. 3. O MENOR INFRATOR TERÁ ASSISTÊNCIA SOCIAL EXTENSIVA À SUA FAMÍLIA.

(continua)

16 Termo ainda utilizado pelo Movimento Negro no período, embora saibamos de sua inadequação e substituição por “criança e adolescente” inclusive por demanda de atores/atrizes atuantes na área de Direitos Humanos na Constituinte.

ASSUNTO/TEMA	DEMANDA
EDUCAÇÃO	<ol style="list-style-type: none"> 1. O PROCESSO EDUCACIONAL RESPEITARÁ TODOS OS ASPECTOS DA CULTURA BRASILEIRA. É OBRIGATÓRIA A INCLUSÃO DO ENSINO DA HISTÓRIA DA ÁFRICA E DA HISTÓRIA DO NEGRO NO BRASIL NOS CURRÍCULOS ESCOLARES DE PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO GRAUS. 2. A EDUCAÇÃO SERÁ GRATUITA, EM TODOS OS NÍVEIS, INDEPENDENTEMENTE DA IDADE DO EDUCANDO. SERÁ OBRIGATÓRIA EM NÍVEL DE PRIMEIRO E SEGUNDO GRAUS. 3. A ELABORAÇÃO DOS CURRÍCULOS ESCOLARES SERÁ, NECESSARIAMENTE, SUBMETIDA À APROVAÇÃO DE REPRESENTANTES DAS COMUNIDADES LOCAIS. 4. A VERBA DO ESTADO DESTINADA À EDUCAÇÃO CORRESPONDERÁ A 20% DO ORÇAMENTO DA UNIÃO. 5. QUE SEJA ALTERADA A REDAÇÃO DO § 8º DO ART. 153 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, FICANDO COM A SEGUINTE REDAÇÃO: A PUBLICAÇÃO DE LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS NÃO DEPENDE DE LICENÇA DA AUTORIDADE. FICA PROIBIDA A PROPAGANDA DE GUERRA, DE SUBVERSÃO DA ORDEM OU DE PRECONCEITOS DE RELIGIÃO, DE RAÇA, DE COR OU DE CLASSE, E AS PUBLICAÇÕES E EXTERIORIZAÇÕES CONTRÁRIAS À MORAL E AOS BONS COSTUMES. 6. A OCUPAÇÃO DOS CARGOS DE DIREÇÃO E COORDENAÇÃO NAS ESCOLAS PÚBLICAS E DE DELEGADO DE ENSINO SERÁ EFETIVADA MEDIANTE ELEIÇÃO, COM A PARTICIPAÇÃO DOS PROFESSORES, ALUNOS E PAIS DE ALUNOS.
CULTURA	<ol style="list-style-type: none"> 1. PROIBIÇÃO DA VEICULAÇÃO DE MENSAGENS, EM TODOS E QUAISQUER VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA, QUE OFENDAM A INTEGRIDADE MORAL, ESPIRITUAL E CULTURAL DA PESSOA DO CIDADÃO NEGRO. 2. A SUBSTITUIÇÃO AO § 5º DO ART. 153 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE PASSE A CONSTAR QUE: FICA ASSEGURADA A LIBERDADE DE CULTO RELIGIOSO E GARANTIDA A PRÁTICA DE TODAS E QUAISQUER MANIFESTAÇÕES CULTURAIS, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIGEM RACIAL, DESDE QUE NÃO SEJAM OFENSIVAS À MORAL E AOS BONS COSTUMES. 3. QUE SEJA DECLARADO FERIADO NACIONAL O DIA 20 DE NOVEMBRO, DATA DA MORTE DE ZUMBI, O ÚLTIMO LÍDER DO QUILOMBO DOS PALMARES, COMO O DIA NACIONAL DA CONSCIÊNCIA NEGRA. 4. QUE SEJA EFETIVADO O RECONHECIMENTO EXPRESSO DO CARÁTER MULTIRRACIAL DA CULTURA BRASILEIRA.
TERRA	<ol style="list-style-type: none"> 1. SERÁ ASSEGURADO ÀS POPULAÇÕES POBRES O DIREITO À PROPRIEDADE DO SOLO URBANO E RURAL, DEVENDO O ESTADO IMPLEMENTAR AS CONDIÇÕES BÁSICAS DE INFRAESTRUTURA EM ATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES DO HOMEM. 2. SERÁ GARANTIDO O TÍTULO DE PROPRIEDADE DA TERRA ÀS COMUNIDADES NEGRAS REMANESCENTES DE QUILOMBOS, QUER NO MEIO URBANO OU RURAL. 3. QUE O BEM IMÓVEL IMPRODUTIVO NÃO SEJA TRANSMISSÍVEL POR HERANÇA. QUE O ESTADO PROMOVA A DEVIDA DESAPROPRIAÇÃO.

(continua)

ASSUNTO/TEMA	DEMANDA
TRABALHO	<ol style="list-style-type: none"> 1. QUE A DURAÇÃO DA JORNADA DIÁRIA DO TRABALHO NÃO EXCEDA A 6 (SEIS) HORAS, FICANDO, AINDA, ASSEGURADO O REPOUSO SEMANAL REMUNERADO E, IGUALMENTE, OS FERIADOS CIVIS E RELIGIOSOS, DE ACORDO COM A TRADIÇÃO LOCAL. 2. ESTABILIDADE DO TRABALHADOR NO EMPREGO, DESDE O INÍCIO DO CONTRATO DE TRABALHO. 3. RECONHECIMENTO DA PROFISSÃO DE EMPREGADA DOMÉSTICA E DIARISTA, DE ACORDO COM O ESTABELECIDO NA CLT. 4. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COM SALÁRIO INTEGRAL, ACRESCIDO DE 30%, A TÍTULO DE BONIFICAÇÃO. 5. TRABALHADORES, DE QUALQUER CATEGORIA PROFISSIONAL OU RAMO DE ATIVIDADE, INCLUSIVE RURAL: <ul style="list-style-type: none"> • SALÁRIO MÍNIMO REAL; • DIREITO IRRESTRITO DE GREVE; • LIBERDADE E AUTONOMIA SINDICAL; • PROIBIÇÃO DE DIFERENÇA DE SALÁRIOS E DE CRITÉRIOS DE ADMISSÃO NO TRABALHO, POR MOTIVO DE SEXO, COR OU ESTADO <i>CIVIL</i>. 6. ESCALA MÓVEL DE SALÁRIO, DE ACORDO COM A ELEVAÇÃO DO CUSTO DE VIDA. 7. LICENÇA AOS PAIS, NOS PERÍODOS DE NATAL E PÓS-NATAL DO FILHO, PARA USUFRUIR COM PLENITUDE DA PATERNIDADE. 8. QUE SEJA ASSEGURADO TAMBÉM AO MARIDO OU COMPANHEIRO O DIREITO DE USUFRUIR DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DECORRENTES DA CONTRIBUIÇÃO DA ESPOSA OU COMPANHEIRA. 9. DIREITO DE SINDICALIZAÇÃO PARA OS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. 10. QUE SEJA CRIADO O “JUIZADO DE PEQUENAS CAUSAS” NA ÁREA TRABALHISTA. 11. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA INDENIZAÇÃO IMEDIATA DE ACIDENTES OU PREJUÍZOS EM QUE O TRABALHADOR FOR VITIMADO NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL, ASSEGURANDO AO ESTADO O DIREITO DE AÇÃO REGRESSIVA CONTRA O EMPREGADOR OU CONTRA O PRÓPRIO EMPREGADO QUANDO APURADA A RESPONSABILIDADE.
RELAÇÕES INTERNACIONAIS	<ol style="list-style-type: none"> 1. ROMPIMENTO IMEDIATO DE RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS E/OU COMERCIAIS COM TODOS E QUAISQUER PAÍSES QUE TENHAM INSTITUCIONALIZADO QUALQUER TIPO DE DISCRIMINAÇÃO ENTRE SUA POPULAÇÃO.

QUADRO 2 – DEMANDAS DO MOVIMENTO NEGRO – CENTRO DE ESTUDOS AFRO-BRASILEIROS

“CAMINHOS” PARA A QUESTÃO RACIAL¹⁷	DEMANDA
COERCITIVO	<ol style="list-style-type: none"> 1. TODOS SÃO IGUAIS PERANTE A LEI, QUE PUNIRÁ COMO CRIME INAFIANÇÁVEL QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA AOS DIREITOS HUMANOS. 2. AOS JUÍZES FEDERAIS COMPETE PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES DE DISCRIMINAÇÃO.

(continua)

¹⁷ Utilizo essa categoria porque no documento as demandas são assim classificadas.

**“CAMINHOS” PARA A
QUESTÃO RACIAL**

DEMANDA

PROMOCIONAL

1. NINGUÉM SERÁ PREJUDICADO OU PRIVILEGIADO EM RAZÃO DE NASCIMENTO, RAÇA, COR, SEXO, TRABALHO RURAL OU URBANO, RELIGIÃO, CONVICÇÕES POLÍTICAS OU FILOSÓFICAS, DEFICIÊNCIA FÍSICA OU MENTAL, ORIENTAÇÃO SEXUAL E QUALQUER OUTRA PARTICULARIDADE OU CONDIÇÃO SOCIAL.
 - NÃO CONSTITUI PRIVILÉGIO OU FORTALECIMENTO DOS SEGMENTOS TRADICIONAIS E HISTORICAMENTE PREJUDICADOS POR DIVERSAS RAZÕES.
 - O PODER PÚBLICO, MEDIANTE PROGRAMAS ESPECÍFICOS, PROMOVERÁ A IGUALDADE SOCIAL, ECONÔMICA E EDUCACIONAL.
 - LEI COMPLEMENTAR ATENDERÁ DE MODO ESPECIAL AOS DEFICIENTES DE FORMA A INTEGRÁ-LOS NA COMUNIDADE.
2. CONSIDERA-SE ATIVIDADE ECONÔMICA AQUELA REALIZADA NO RECESSO DO LAR.
3. O COOPERATIVISMO E O ASSOCIATIVISMO SERÃO ESTIMULADOS PELO ESTADO.

PLANO NACIONAL DE RECUPERAÇÃO SOCIAL

4. SERÁ CRIADO, PELO GOVERNO FEDERAL, UM FUNDO CONTÁBIL ESPECIAL, DE NATUREZA PERMANENTE, COM DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, PARA ATENDER A PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA ÀS POPULAÇÕES CARENTES E MARGINALIZADAS, EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL, COM O OBJETIVO DE REDUZIR AS DESIGUALDADES SOCIAIS E ECONÔMICAS EM QUE SE ENCONTREM E INTEGRÁ-LAS NA SOCIEDADE BRASILEIRA, NO USO E GOZO DA CIDADANIA PLENA.
 - PARÁGRAFO ÚNICO. LEI COMPLEMENTAR DISPORÁ SOBRE O FUNDO NACIONAL DE RECUPERAÇÃO SOCIAL, SOBRE A ELABORAÇÃO DE APLICAÇÃO DOS RECURSOS QUE O INTEGREM, SOBRE OS ENCARGOS DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS COM O SEU CUSTEIO E OS CRITÉRIOS DA RESPECTIVA FIXAÇÃO, E SOBRE A SUA ADMINISTRAÇÃO, DA QUAL PARTICIPARÃO REPRESENTANTES DOS PRÓPRIOS BENEFICIADOS.

(continua)

**“CAMINHOS” PARA A
QUESTÃO RACIAL**

DEMANDA

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTANTES DESTA CONSTITUIÇÃO TÊM APLICAÇÃO IMEDIATA.

- NA FALTA OU OMISSÃO DA LEI, O JUIZ DECIDIRÁ O CASO DE MODO A ATINGIR OS FINS DA NORMA CONSTITUCIONAL.
- VERIFICANDO-SE A INEXISTÊNCIA OU OMISSÃO DA LEI QUE INVIABILIZE A PLENITUDE DA EFICÁCIA DE DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADAS NESTA CONSTITUIÇÃO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECOMENDARÁ AO PODER COMPETENTE A EDIÇÃO DA NORMA QUE VENHA SUPRIR A FALTA.

**DIDÁTICO-
-PEDAGÓGICO**

EDUCAÇÃO (ALÉM DAS JÁ CONTEMPLADAS NO DOCUMENTO DA CONVENÇÃO NACIONAL):

1. A EDUCAÇÃO É INSEPARÁVEL DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE ENTRE O HOMEM E A MULHER, DO REPÚDIO A TODAS AS FORMAS DE RACISMO E DE DISCRIMINAÇÃO.
 - PERMITIRÁ DE FORMA LARGA AO LEGISLADOR ORDINÁRIO CRIAR UMA NOVA ORIENTAÇÃO À EDUCAÇÃO, NO SENTIDO DE POTENCIALIZAR MULHERES E NEGROS (50,5% E 44% DA POPULAÇÃO, RESPECTIVAMENTE).
2. O ACESSO AO PROCESSO EDUCACIONAL É ASSEGURADO:
 - PELA GRATUIDADE DO ENSINO PÚBLICO EM TODOS OS NÍVEIS;
 - PELA ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE ADMISSÃO NOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PÚBLICO QUE, NA FORMA DA LEI, CONFIRA A CANDIDATOS ECONOMICAMENTE CARENTES, DESDE QUE HABILITADOS, PRIORIDADE DE ACESSO, ATÉ O LIMITE DE 50% DAS VAGAS;
 - PELA EXPANSÃO DESSA GRATUIDADE, MEDIANTE SISTEMA DE BOLSAS DE ESTUDO, SEMPRE DENTRO DA PROVA DE CARÊNCIA ECONÔMICA DE SEUS BENEFICIÁRIOS;
 - PELO AUXÍLIO SUPLEMENTAR AO ESTUDANTE PARA ALIMENTAÇÃO, TRANSPORTE E VESTUÁRIO, CASO A SIMPLES GRATUIDADE DE ENSINO NÃO PERMITA, COMPROVADAMENTE, QUE VENHA A CONTINUAR SEU APRENDIZADO;
 - PELA COAÇÃO COMPLEMENTAR À REDE MUNICIPAL DE ESCOLAS DE PROMOÇÃO POPULAR CAPAZES DE ASSEGURAR EFETIVAS CONDIÇÕES DE ACESSO À EDUCAÇÃO DE TODA A COLETIVIDADE.

CULTURA (ALÉM DAS JÁ CONTEMPLADAS NO DOCUMENTO DA CONVENÇÃO NACIONAL):

1. COMPETE AO PODER PÚBLICO GARANTIR A LIBERDADE DA EXPRESSÃO CRIADORA DOS VALORES DA PESSOA E A PARTICIPAÇÃO NOS BENS DE CULTURA, INDISPENSÁVEIS À IDENTIDADE NACIONAL NA DIVERSIDADE DA MANIFESTAÇÃO PARTICULAR E UNIVERSAL DE TODOS OS CIDADÃOS.
 - ESTA EXPRESSÃO INCLUI A PRESERVAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DA LÍNGUA E DOS ESTILOS DE VIDA FORMADORES DA REALIDADE NACIONAL.
 - É RECONHECIDO O CONCURSO DE TODOS OS GRUPOS HISTORICAMENTE CONSTRUTIVOS DA FORMAÇÃO DO PAÍS, NA SUA PARTICIPAÇÃO IGUALITÁRIA E PLURALÍSTICA, PARA A EXPRESSÃO DA CULTURA BRASILEIRA.

(continua)

**“CAMINHOS” PARA A
QUESTÃO RACIAL**

DEMANDA

-
2. PARA O CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ARTIGO ANTERIOR, O PODER PÚBLICO ASSEGURARÁ:
 - O ACESSO AOS BENS DA CULTURA NA INTEGRIDADE DE SUAS MANIFESTAÇÕES;
 - A SUA LIVRE PRODUÇÃO, CIRCULAÇÃO E EXPOSIÇÃO A TODA A COLETIVIDADE;
 - PRESERVAÇÃO DE TODAS AS MODALIDADES DE EXPRESSÃO DOS BENS DE CULTURA SOCIALMENTE RELEVANTES, BEM COMO A MEMÓRIA NACIONAL.
 3. O PODER PÚBLICO PROPORCIONARÁ CONDIÇÕES DE PRESERVAÇÃO DA AMBIÊNCIA DOS BENS DA CULTURA, VISANDO GARANTIR:
 - O ACAUTELAMENTO DE SUA FORMA SIGNIFICATIVA, INCLUINDO, ENTRE OUTRAS MEDIDAS, O TOMBAMENTO E A OBRIGAÇÃO DE RESTAURAR;
 - O INVENTÁRIO SISTEMÁTICO DESSES BENS REFERENCIAIS DA IDENTIDADE NACIONAL.
 4. SÃO BENS DE CULTURA OS DE NATUREZA MATERIAL OU IMATERIAL, INDIVIDUAIS OU COLETIVOS, PORTADORES DE REFERÊNCIA À MEMÓRIA NACIONAL, INCLUINDO-SE OS DOCUMENTOS, OBRAS, LOCAIS, MODOS, DE FAZER DE VALOR HISTÓRICO E ARTÍSTICO, AS PAISAGENS NATURAIS SIGNIFICATIVAS E OS ACERVOS ARQUEOLÓGICOS.
-

O olhar para tais demandas revela que a agenda do Movimento Negro extrapolava, naquele contexto, os limites da *raça*, em um sentido estrito. Com isso, quero dizer que outras variáveis estavam presentes no *diagnóstico das condições de vida da população negra* e, principalmente, na *formulação de sugestões*.

Identifico nos documentos *dois tipos de pleitos*: (i) *aqueles relacionados a problemas gerais que incidem majoritariamente sobre a população negra*, como violência policial, questão carcerária, direito à saúde (das mulheres, principalmente), acesso à educação, acesso ao trabalho (direitos trabalhistas de profissionais do campo e empregadas domésticas e diaristas), acesso à terra; e (ii) *aqueles relacionados mais estritamente ao pertencimento racial e que possuíam objetivos de caráter coercitivo, promocional e didático-pedagógico de acordo com os/as próprios/as ativistas*.

Representam tais medidas: a criminalização da discriminação/preconceito/racismo, a adoção de medidas com objetivo de cumprir o princípio da isonomia (de modo *a promover negros e mulheres*), a proposta de reforma curricular, o reconhecimento do caráter multicultural e pluriétnico do país, o reconhecimento de Zumbi dos Palmares como herói nacional, o rompimento de relações diplomáticas com países que tivessem institucionalizado qualquer tipo de discriminação e a garantia de título de propriedade a comunidades remanescentes de quilombos.

Todos os pleitos que compreendi serem do *segundo tipo* estão presentes na emenda popular proposta pelas entidades Centro de Estudos Afro-Brasileiros – DF, Associação Cultural Zumbi – AL e Associação José do Patrocínio – MG, e o constituinte subscritor foi Carlos Alberto Caó – PDT/RJ, que possui os seguintes dispositivos:

Artigo. Todos, homens e mulheres são iguais perante a lei que punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos estabelecida nesta Constituição.

Parágrafo único: É considerado forma de discriminação subestimar, estereotipar ou degradar grupos étnicos raciais ou de cor, ou pessoas a eles pertencentes, por palavras, imagens e representações através de qualquer meio de comunicação.

O Poder Público tem o dever de promover constantemente a igualdade social, econômica e educacional, através de programas específicos.

§ 1º Não constitui privilégio a aplicação pelo Poder Público de medidas compensáveis visando à implementação do princípio de isonomia a pessoas ou grupos vítimas de comprovada discriminação.

§ 2º Entendem-se como medidas compensatórias, previstas no parágrafo anterior, aquelas voltadas a dar preferência a cidadãos ou grupos de cidadãos a fim de garantir sua participação igualitária no acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos demais direitos sociais.

§ 3º A educação dará ênfase à igualdade dos setores, afirmará as características multirraciais e pluriétnicas do povo brasileiro e condenará o racismo e todas as formas de discriminação.

§ 4º O Brasil não manterá relações diplomáticas, nem firmará tratados, acordos ou pactos com países que adotem políticas oficiais de discriminação racial e de cor, bem como não permitirá atividades de empresas desses países em seu território.

Artigo. Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficarão tombadas essas terras bem como documentos referentes à história dos quilombos no Brasil.

As emendas, que também refletem os anseios expostos em audiência pública e sugestões, todavia, não chegaram a ser apreciadas no Plenário uma vez que não cumpriram a exigência regimental no tocante à quantidade de assinaturas (tendo obtido somente 2.074 assinaturas).

3. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS DEMANDAS E SEU LEGADO

Ao estudarmos o texto final da Constituição, notamos que ele incorporou os pleitos relativos à temática racial nos arts. 3º (que prevê que um

dos objetivos fundamentais da República é promover o bem de todos, sem discriminação), 5º (imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de racismo), 7º (sobre trabalho e proibição de diferenças salariais com base na raça), 215, 216 e 242 (que versam sobre educação e cultura) e o 68 do ato das disposições transitórias (que trata do reconhecimento e titulação de terras de remanescentes de quilombos).

A incorporação de tais dispositivos na CF é uma importante conquista do Movimento Negro. A Constituinte foi de fato o momento em que a temática se inseriu na agenda governamental brasileira. Apesar de alocada em instância desvalorizada por diferentes setores ao longo do processo – e que encarou marcadores sociais da diferença muito diversos entre si na chave do preconceito e não da desigualdade estrutural –, pode-se notar que a *fase popular* foi determinante.

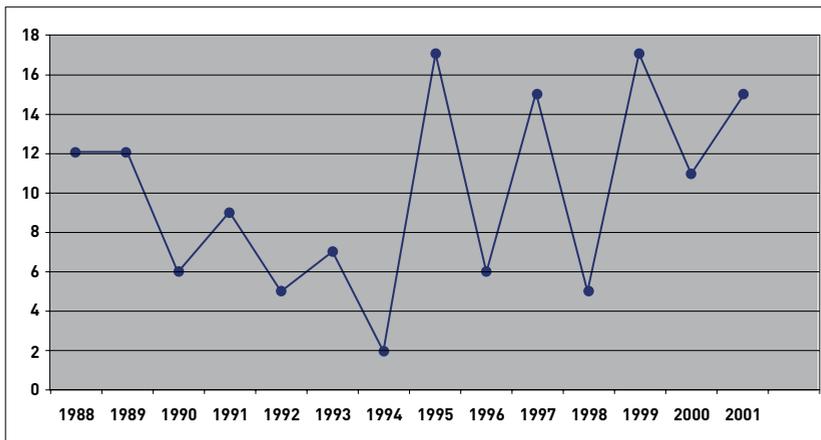
As demandas obstadas na *fase parlamentar*,¹⁸ entretanto, nos revelam algo fundamental sobre a luta antirracista no período: o foco no direito penal ou em demandas que hoje conhecemos por “identitárias” não responde à totalidade dos anseios do movimento, que trouxe para o debate questões estruturais como acesso à terra – inclusive no contexto urbano – e ao trabalho, e pautou de forma ampla temas de segurança pública. Para tais atores e atrizes, as vias didático-pedagógica e promocional são até numericamente mais expressivas que a coercitiva.

Tendo em vista essa inserção desigual, o direito tornou-se para tais atores/atrizes *campo de disputa*: as demandas inseridas ensejaram lutas posteriores por regulamentação e efetiva implementação de leis e as não inseridas seguem sendo tensionadas¹⁹ – o que a quantidade de projetos de lei (PLs) apresentados nas últimas décadas torna evidente: vimos que entre 1988 e 2001 um pouco mais de uma centena de propostas foi apresentada no Congresso Nacional (SANTOS, 2014).²⁰

18 Importante ressaltar que, para além da atuação da sociedade civil, os parlamentares Benedita da Silva, Paulo Paim, Edimilson Valentim e Carlos Alberto Caó, também conhecidos como a “bancada negra”, tiveram papel fundamental no sentido de pautar a temática racial até o final do processo.

19 Também sendo pautadas no Executivo e no Judiciário e em organismos internacionais, sendo dois exemplos emblemáticos as pautas referentes à isonomia no acesso à educação superior e ao encaminhamento de denúncias aos governos estaduais e tribunais internacionais sobre violações de Direitos Humanos na segurança pública.

20 Trabalhando com este tema em minha tese de doutorado em andamento, expandi o marco temporal e tipos de matérias legislativas, levantando dados de 1983 a 2018, e cheguei a um total de 565 documentos.

GRÁFICO 1 – PLS POR ANO²¹

Fonte: Elaborado pela autora.

Resgatar essa agenda e personagens é fundamental, uma vez que o Movimento Negro contemporâneo possuía desde o período pré-Constituinte propostas consistentes para a redução das desigualdades (não apenas raciais) no Brasil e foi um dos atores-chave no processo de redemocratização. Para além disso, tal tarefa é urgente, em tempos de evidente retrocesso. Mirar diagnósticos, avaliar criticamente processos de institucionalização da temática e revisitar estratégias de luta por direitos em muito nos poderá auxiliar, um pouco mais de trinta anos depois e mais uma vez diante de uma crise política, econômica e social.

REFERÊNCIAS

ALBERTI, V.; PEREIRA, A. A. *Histórias do Movimento Negro no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas: CPDOC-FGV, 2007.

²¹ É interessante notar que nos anos em que houve algum tipo de mobilização por parte do movimento social o número de propostas é relativamente maior: 1988/1989 marcam os anos de intensa mobilização de entidades do Movimento Negro por ser o período de atos alusivos ao Centenário da abolição da escravatura; em 1995, ano do tricentenário da morte de Zumbi dos Palmares, novamente o número de propostas eleva-se e, por fim, nos anos que antecedem imediatamente a Conferência Internacional de Durban, o número de propostas mantém-se elevado (1999, 2000 e 2001).

ARAÚJO, J. C.; AZEVEDO, D. B.; BACKES, A. L. (org.). *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BASTIDE, R. A imprensa negra do *Estado de S. Paulo*. In: BASTIDE, R. *Estudos afro-brasileiros*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

BASTIDE, R.; FERNANDES, F. *Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo*. São Paulo: Anhembi, 1955.

BARBOSA, L. A. A. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012

BRANDÃO, L. C. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CELLARD, A. A análise documental. In: POUPART, J.; DESLAURIES, J. P.; GROULX, L.; LAPERRIÈRE, A.; MAYER, R.; PIRES, A. P. *A pesquisa qualitativa: enfoques, episotomológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2012.

FERNANDES, F. *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1965.

FERNANDES, F. *O negro no mundo dos brancos*. São Paulo: Global, 2007.

FERREIRA, J. F.; REIS, D. A. *As esquerdas no Brasil: revolução e democracia (1964...)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

GOMES, S. N. *A Assembleia Nacional Constituinte e o Regimento Interno*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

GONZALEZ, L. O Movimento Negro na última década. In: GONZALEZ, L.; HASENBALG, C. *Lugar de negro*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.

MICHILIS, C. et al. *Cidadão constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

NERIS, N. *A voz e a palavra do Movimento Negro na Constituinte de 1988*. São Paulo: Letramento, 2018.

OLIVEIRA, M. M. *Fontes de informações sobre a Assembleia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

PILLATI, A. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROCHA, A. S. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à redemocratização. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, Dossiê “Constituição e Processo Constituinte”, São Paulo, n. 88, 2013.

RODRIGUES, T. C. *Movimento Negro no cenário brasileiro: embates e contribuições à política educacional nas décadas de 1980-1990*. 2005. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2005.

RODRIGUEZ, J. R. A desintegração do *status quo*: direito e lutas sociais. *Novos Estudos – Cebrap*, São Paulo, v. 2013, p. 49-66, 2013.

RUFINO, J. O Movimento Negro e crise brasileira. *Revista Política e Administração*, v. 2, p. 287-307, 1985.

SANTOS, N. N. S. Poder Legislativo e questão racial no Brasil: um estudo das propostas legislativas sobre o tema entre 1988 e 2001. In: MACHADO, E. D.; BERTASO, J. M.; CUNHA, L. R. (coord.). *Direitos fundamentais e democracia III*. Florianópolis: Conpedi, 2014. v. 1, p. 463-479.

SANTOS, N. N. S. *A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988)*: um estudo das demandas por direitos. 2015. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015.

WILLIAMS, P. J. Alchemical notes: reconstructing ideals from deconstructed rights. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 22, n. 401, 1987.

CAPÍTULO 2

POLITIZANDO LÁGRIMAS E SANGUE: A BATALHA DAS MULHERES BRASILEIRAS POR UMA VIDA SEM VIOLÊNCIA

Larissa Margarido

INTRODUÇÃO

Nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 112), que titulam o presente artigo, os movimentos femininos desnudaram as múltiplas formas de violência contra a mulher brasileira – “desde a violência simbólica cotidiana, das microdiscriminações até a macroviolência física, mutiladora, monumental” – denunciando, “publicizando e politizando lágrimas e sangue que rolavam silenciosos no vasto espaço privado da dor feminina”. Tal processo, todavia, é muito recente.

Ainda que os primeiros movimentos feministas brasileiros tenham surgido no final do século XIX, o combate à violência contra a mulher só se consagrou como um de seus temas mais centrais e imediatos ao final do processo de redemocratização,¹ quando mulheres por todo o país começaram a se organizar em torno de propostas específicas e coordenadas de enfrentamento a todas as formas de discriminação e violência vivenciadas diariamente pelas mulheres e meninas brasileiras (BARSTED, 2011, p. 18).

Tais propostas compreenderam uma série de estratégias e articulações entre grupos feministas e femininos² visando denunciar os diversos crimes

1 Cabe reforçar que existem diversos grupos feministas e femininos por todo o país, os quais possuem estratégias e enfoques distintos, tendo em vista a heterogeneidade social e política da mobilização de mulheres. Não discorreremos sobre tais divergências, focando as iniciativas realizadas/apoiadas por um número significativo de organizações, independentemente de suas discordâncias em relação a outros temas.

2 No presente artigo, utilizamos a definição de Sonia Alvarez (1990, p. 23-27) de grupos *feministas* e *femininos*, a qual se baseou na ideia de interesses de gênero *estratégicos* e *práticos* de Maxine Molyneux (1986, p. 282-286). Segundo Alvarez, as organizações *feministas* são aquelas que buscam promover interesses de gênero *estratégicos*, isto é, que procuram superar a subordinação de gênero vigente; as organizações *femininas* (como comunidades de mães, associações de donas de casa, etc.), por outro lado, buscam promover interesses *práticos*, ou

“passionais” que ocorriam no país e a impunidade dos agressores. Os movimentos ganharam espaço nas ruas e na mídia por meio de projetos e campanhas que exigiam o reconhecimento de problemas e violências até então invisibilizados e a proteção dos direitos já garantidos às mulheres.

Entretanto, no final dos anos 1980, notou-se que, para a criação de novos paradigmas socioculturais, seriam necessários a reivindicação de direitos e políticas públicas específicos inéditos, bem como o estabelecimento de articulações políticas, de modo a ampliar a pressão exercida sobre o Estado e incluir as demandas das mulheres na agenda pública (BARSTED, 2011, p. 16; DINIZ, 2006, p. 19). Desse modo, houve uma transformação nos padrões de ativismo, que se voltaram para diferentes espaços institucionais do Estado brasileiro – nos níveis federal, estadual e municipal, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – e de organismos internacionais (MACHADO; BANDEIRA; MATSUDA, 2019, p. 359).

Com o retorno ao regime democrático, observaram-se uma significativa ampliação dos “pontos de pressão sobre o sistema político”, bem como a profissionalização da mobilização de mulheres (MACIEL, 2011, p. 101-102):

Além da representação dos interesses via partidos, o Legislativo e o Executivo tornaram-se mais permeáveis ao *lobby* das organizações civis para a produção de leis ordinárias visando à regulamentação dos princípios e normas constitucionais; para a formulação e implementação de políticas públicas destinadas a efetivar direitos constitucionalmente previstos; e para a ratificação das convenções internacionais. Desde meados dos anos de 1990, os canais e o acesso ao Executivo foram ampliados com a vitória nas eleições presidenciais de candidatos dos partidos políticos com os quais lideranças feministas estavam vinculadas, desde a redemocratização. O Judiciário constituiu-se na nova arena política com a qual as ativistas passaram a contar para reclamar, proteger e promover direitos. No plano internacional, as Conferências Mundiais da ONU propiciaram coalizões de organizações feministas e dos direitos humanos para influenciar a produção de normas e jurisprudência internacionais.

seja, a resolução de problemas e/ou necessidades imediatos percebidos – as quais resultam diretamente da subordinação de gênero –, sem, todavia, envolver objetivos estratégicos, como a emancipação das mulheres ou a igualdade de gênero. Quando não houver necessidade de diferenciar os grupos, referir-nos-emos a eles por “movimentos/grupos de mulheres”.

Dentre todos esses novos canais institucionais, focamos, no presente artigo, as pressões dos movimentos de mulheres sobre o Poder Legislativo e as alianças formadas para que seus pleitos fossem atendidos:

A análise de que era preciso eliminar os anacronismos e a desigualdade de gênero presentes em nossa legislação, aliados à compreensão de que a lei pode ser um instrumento promotor de igualdade fez com que, estrategicamente, o[s] movimento[s] elegesse[m] como campo de sua ação o Poder Legislativo para modificar o ordenamento jurídico androcêntrico vigente em nosso país, bem como garantir e ampliar direitos e a previsão de políticas públicas para as mulheres. (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 59)

Bem como as mulheres envolvidas nesse processo de luta e reivindicação, defendemos que a criação de legislação específica, ainda que não resolva, por si só, o problema da violência contra a mulher, pode servir como um importante instrumento de ratificação de que determinadas atitudes não serão mais toleradas, abrindo espaço para a exigibilidade e o monitoramento da efetividade dos direitos das mulheres, bem como de maior visibilidade para questões que podem ser – unicamente ou melhor – resolvidas por outros meios.

Sendo assim, buscamos, por meio do presente artigo, reconstruir brevemente o processo de reivindicação e aprovação de mudanças normativas em benefício das brasileiras a partir da década de 1970, tendo como foco as legislações referentes ao combate à violência contra a mulher. Não discorreremos sobre o cabimento e/ou a efetividade das normativas mencionadas, mas apenas sobre as iniciativas que as motivaram e o processo de sua criação, com destaque para as relações entre grupos feministas e femininos e o Poder Legislativo.

O presente artigo está dividido em oito partes. Na primeira, introduzimos os casos emblemáticos de violência contra a mulher que levaram à reorganização e ao surgimento de diversos movimentos feministas e femininos por todo o país. Na segunda, discorreremos sobre a tese da “legítima defesa da honra” e suas consequências. Na terceira, apresentamos as lutas e conquistas das organizações na década de 1980, que culminaram com a Constituição Federal de 1988.

Na quarta, comentamos a atuação dos movimentos na década seguinte, bem como os importantes tratados e congressos internacionais do período. Na quinta, sintetizamos o processo que levou à aprovação da Lei Maria da

Penha e suas principais inovações. Na sexta, abordamos os números alarmantes de feminicídios e a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que visou a solucionar o problema. Na sétima, apresentamos o surgimento de novas formas de violência, em especial nos ambientes virtuais. Por fim, concluímos o artigo apresentando o panorama atual da violência contra a mulher no país e sugerindo os passos a seguir.

1. “QUEM AMA NÃO MATA!”

Em dezembro de 1976, na cidade de Cabo Frio, estado do Rio de Janeiro, Ângela Maria Fernandes Diniz, após anunciar ao seu parceiro, Raul Fernando do Amaral Street (conhecido como Doca Street), que havia decidido romper definitivamente sua relação amorosa, foi assassinada por ele com uma série de tiros desferidos contra seu rosto (SAFFIOTI, 2011, p. 51).

Em seu primeiro julgamento pelo Tribunal do Júri de Cabo Frio, realizado em 1980, quatro anos após a ocorrência do crime, o criminalista Evandro Lins e Silva empregou a tese de “legítima defesa da honra”, responsabilizando a vítima, uma “mulher fatal”, pelos atos de Doca Street. Tal defesa foi aceita pelo júri, que condenou o réu a apenas dois anos de detenção, com direito a *sursis*, afinal ele “matara por amor”:

O Júri já viu que este moço apaixonou-se, apaixonou-se perdidamente. E a paixão sempre é cega, não é boa conselheira. Quando a paixão se torna obsessiva, quando a pessoa se deixa marcar por ela, vem o ciúme a dominá-lo, ele vai se escravizando à paixão, vai se deixando subjugar pelo objeto amado.

E, então, toda a visão que ele tem dos valores da vida se deforma. Ele passa a viver em função daquela ideia fixa, que é a mulher amada. É claro que ele vai se descontrolando em tudo o que faz, minadas as suas resistências pela paixão doentia que o avassala.

[...] A “mulher fatal”, esse é o exemplo dado para o homem se desesperar, para o homem ser levado, às vezes, à prática de atos em que ele não é idêntico a si mesmo, age contra a sua própria natureza.

Senhores jurados, a “mulher fatal”, encanta, seduz, domina, como foi o caso de Raul Fernando do Amaral Street. (PAULO FILHO, 2015, p. 252-253)

Em 1979, no estado do Rio Grande do Norte, Avanir Araújo de Lima foi morta por seu ex-marido seis meses depois de registrar uma carta no cartório, na qual afirmava que estava sendo ameaçada de morte por ele (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 21). Em julho do ano seguinte, duas mulheres foram assassinadas pelo marido em menos de quinze dias, no estado de Minas Gerais: Maria Regina dos Santos Souza Rocha foi morta por seis tiros disparados pelo esposo, Eduardo Souza Rocha, na saída da ginástica; já Eloísa Ballesteros foi assassinada enquanto dormia, uma vez que seu marido, Márcio Stancioli, não aceitou seu pedido de divórcio. (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 19)

Em março de 1981, na cidade do Rio de Janeiro, Christel Arvid Johnston foi assassinada pelo ex-marido, Eduard Arvid Johnston, com seis tiros. Após a separação do casal, em 1978, Christel começou a ser ameaçada por Eduard, de modo que recorreu à polícia e à Justiça, mas, sem resposta, buscou apoio em meio a grupos feministas (INDUSTRIAL, 1981, p. 14). No mesmo mês, Eliane Aparecida de Grammont foi assassinada a tiros pelo ex-marido, Lindomar Castilho, enquanto se apresentava no Café Belle Époque, na cidade de São Paulo (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 20).

Essa série de assassinatos de mulheres por seus companheiros, os quais saíram impunes, levou a uma reorganização dos movimentos feministas nacionais, bem como a criação de novas organizações femininas, que tinham como objetivo principal a luta contra a violência. No estado de São Paulo, um grupo de 30 feministas criou o SOS-Mulher, que se expandiu para os estados do Rio de Janeiro e de Pernambuco; em Minas Gerais, por sua vez, foi criado o Centro de Defesa da Mulher.

Todas essas entidades eram autônomas e tinham como objetivo atender a mulher vítima de violência, com um serviço voluntário de psicólogas e advogadas. Além de atender a mulher, faziam grupos de reflexão sobre a questão da violência e procuravam os meios de comunicação para promover o debate junto à opinião pública. (TELES, 1999, p. 130)

Até então, os discursos midiático e político dominantes afirmavam que apenas homens negros, pobres e ignorantes agrediam suas parceiras, devido ao alcoolismo, à desestruturação familiar e/ou à extrema pobreza, de modo que a violência contra a mulher não era tratada como um fenômeno sociocultural (TELES, 1999, p. 131; DINIZ, 2006, p. 17). Assim sendo, a extrema repercussão dos casos indicados ajudou a quebrar tal discurso, dando espaço

para o nascimento e a popularização, no início da década de 1980, da primeira campanha do SOS-Mulher, “*O Silêncio é Cúmplice da Violência*”, e do Centro de Defesa da Mulher, “*Quem Ama Não Mata*”, que ganharam repercussão por todo o país, motivando diversas mulheres a denunciar as violências infligidas por seus companheiros (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 21). Em menos de um ano de funcionamento, o SOS-Mulher de São Paulo registrou cerca de 700 casos de violência contra a mulher (TELES, 1999, p. 132).

Junto aos atos de violência física contra as mulheres, os movimentos feministas e femininos destacaram também a ocorrência cotidiana de estupros, “quase sempre encobertos pela chamada ‘cultura do silêncio’, ampliada pela complacência das autoridades e pelo pudor das próprias vítimas, que tinham ‘vergonha’ de dar queixa pública” (BARSTED, 1994, p. 18-19). Como relata Maria Amélia de Almeida Teles (1999, p. 134):

Até então, o estupro, corriqueiro nas páginas policiais dos diários mais lidos, recebia um tratamento sadomasoquista, em que o crime era praticado por “tarados” ou “anormais” contra mulheres de conduta suspeita, que se vestiam sem nenhum decoro e se encontravam em lugares pouco recomendáveis. O tratamento policial e jurídico foi quase sempre traçar o perfil da vítima como a mulher que provoca o acusado a praticar de forma agressiva o ato sexual, colocando-a na condição de prostituta ou de alguém que busca a “vingança” contra o homem.

Além de organizarem manifestações e passeatas contra a violência sofrida pelas mulheres, no final da década de 1970, “as feministas desenvolveram ações culturais (mobilização de rua), de mídia, inscreveram o tema nas universidades, bem como pleitearam mudanças institucionais no Executivo e Judiciário e alteração da legislação nacional” (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 61).

A pressão dos movimentos de mulheres foi tanta que acabou por atingir o Poder Judiciário, ainda que de forma desuniforme. O primeiro julgamento de Doca Street foi anulado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro meses depois. Antecipando-se ao novo julgamento, “[u]m grupo de feministas do estado do Rio de Janeiro organizou-se para conscientizar a população de Cabo Frio, de cujo seio saíam os jurados que integrariam o [novo] conselho de sentença” (SAFFIOTI, 2011, p. 52). Ao final do segundo julgamento, realizado em 1982, cerca de dois anos após o primeiro, o Tribunal do Júri de Cabo Frio condenou o réu a 15 anos de reclusão. Em 1987, entretanto, ele conseguiu o benefício da liberdade condicional e logo obteve a liberdade total. Em todos os outros casos citados, os

réus foram absolvidos, sendo que Eduardo Souza Rocha e Márcio Stancioli conseguiram até a guarda dos filhos.

2. PROTEÇÃO DA HONRA, AMEAÇA ÀS MULHERES

Com o esforço coordenado de grupos feministas e femininos por vários estados, evidenciaram-se não apenas a recorrente violência praticada contra as mulheres como, também, “a conivência da sociedade e das autoridades constituídas, policiais e judiciárias, em relação a esse tipo de crime” (TELES, 1999, p. 132), como revela a continuação da utilização, com sucesso, da tese de “legítima defesa da honra” nos Tribunais de Júri nacionais por muitas décadas,³ bem como a manutenção dos textos legais penais então vigentes.

Tal “tese jurídica [...] visa tornar impune a prática de maridos, irmãos, pais ou ex-companheiros e namorados que matam ou agridem suas esposas, irmãs, filhas, ex-mulheres e namoradas fundada ou ‘justificada’ na defesa da honra da família ou da honra conjugal” (PIMENTEL; PANDJIARJIAN; BELLOQUE, 2006, p. 91). Como explica Paloma Cotes (2004, p. 30):

Para que se aceite a tese da legítima defesa da honra, é preciso partir do princípio de que a mulher é uma espécie de subordinada do homem e que, ao trair sua confiança, merece pagar com a vida. Em muitos casos, esse argumento é invocado até quando não há mais relacionamento entre as duas partes (o casal já está separado), ou quando o relacionamento não é sequer assumido pelo homem (muitas vítimas são amantes, ou seja, estão no papel da “outra”).

A tentativa de culpabilização da vítima por seu comportamento “imoral” ou suposto adultério também permaneceu na prática jurídica:

3 Até hoje, essa tese não se encontra totalmente superada no país, como demonstra a pesquisa *A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil*, segundo a qual a defesa de agressores ainda utiliza argumentos que “evocam a outrora difundida e criticada tese da legítima defesa da honra que, embora não tenha sido citada de modo explícito em nenhum dos processos analisados para justificar a atitude do agressor, parece ter alguma repercussão na operação que procura afastar a culpabilidade do réu e legitimar a violência perpetrada, a partir do comportamento da vítima” (MACHADO, 2015, p. 48).

O Código Penal e a própria doutrina explicitam que, no crime de estupro, é a liberdade sexual da mulher que é protegida, independentemente de sua moralidade. A doutrina é uníssona quanto à palavra da vítima constituir o vértice de todas as provas nos crimes contra os costumes. Entretanto, na avaliação das provas, pouco ou nenhum valor têm suas palavras quando não se caracteriza sua “honestidade”. Assim sendo, é muito difícil para uma mulher que não pode ser caracterizada como “honesta” conseguir fazer valer a sua palavra, sua versão dos fatos e, com isso, garantir a proteção de seus direitos. Isso ocorre, principalmente, com mulheres adultas. No processo judicial, é levada em consideração a conduta da vítima, em especial com relação à sua vida sexual, afetiva e familiar. Há extremos em que se traça o perfil da vítima como de moral sexual leviana ou mesmo como prostituta, como se isso pudesse justificar a desqualificação da mulher que vive uma situação de violência. A postura majoritária na magistratura, quanto a isso, é de omissão, nada fazendo para que seja respeitada a dignidade da mulher. (PIMENTEL; SCHRITZMEYER; PANDJIARJIAN, 1998, p. 204)

Ambas as “estratégias” tinham respaldo na preservação, pelo Código Penal de 1940, das referências à “honestidade” e/ou virgindade das mulheres vítimas de crimes sexuais; da ideia de proteção aos costumes e não às mulheres, como revela a redação do Título VI da Parte Especial, “Dos Crimes Contra os Costumes”;⁴ e da visão de que a violência contra a mulher era um delito de menor potencial ofensivo.

Com a reformulação do Código Penal pela Lei n. 7.209/1984, foram reforçadas as hipóteses de extinção da punibilidade em tais crimes com base no Princípio da Reparação da Honra, seja pela manutenção do perdão ao agressor por meio de seu casamento com a vítima (art. 107, VII – anteriormente, art. 108, VIII), ou pela introdução da possibilidade de casamento dela com terceiro, seguido da ausência de requerimento do prosseguimento da ação penal no prazo de 60 dias, salvo se o crime fora

4 Quanto à escolha do termo “*costumes*”, um dos autores do Código Penal de 1940, Néelson Hungria, afirmou que este se refere aos “hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais” (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 103).

cometido com violência ou grave ameaça (art. 107, VIII – anteriormente, art. 108, IX, conforme redação dada pela Lei n. 6.416/1977).

Quanto ao sentido jurídico de “*mulher honesta*”, um dos autores do Código Penal de 1940, Néelson Hungria, esclarece:

A vítima deve ser *mulher honesta*, e como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* [mínimo] de decência exigido pelos *bons costumes*. Só deixa de ser *honesta* (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que, inescrupulosamente, *multorum libidini patet* [desperta o desejo de muitos], ainda que não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecunia accepta* [com ou sem pagamento]). (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1981, p. 139)

Ademais, os artigos referentes a crimes sexuais restringiam sua ocorrência a vítimas mulheres e determinavam a necessidade de conjunção carnal, isto é, atividade sexual com penetração, total ou parcial, independentemente da ocorrência de ejaculação. Desse modo, quaisquer outros atos libidinosos cometidos contra as vítimas – cuja conceituação ficava a cargo dos juízes – acabavam sendo desconsiderados, principalmente em casos de estupro (art. 213). Além disso, o crime de violência doméstica não constava do texto legal penal. Logo, não apenas vários abusos sexuais sofridos por mulheres eram judicialmente desconsiderados por não caracterizarem a ocorrência de penetração como crimes cometidos dentro das famílias continuaram descaracterizados e mantidos em segredo.

3. “CONSTITUINTE PRA VALER TEM QUE TER DIREITOS DA MULHER”

Ao final do período de redemocratização, insatisfeitos com as parcas conquistas junto aos sistemas jurídico e legal nacionais, os movimentos de mulheres começaram a atuar nas arenas institucionais federais, estaduais e municipais para que suas reivindicações fossem incorporadas aos programas de governo de candidatos da época (TELES, 1999, p. 135).

A primeira empreitada bem-sucedida deu-se por algumas feministas vinculadas ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB)

– primeiro e principal aliado político dos movimentos feministas no período –, as quais, após a vitória estadual de André Franco Montoro, em São Paulo, nas eleições gerais de 1982, conseguiram a criação do Conselho Estadual da Condição Feminina (CECF) – o primeiro do país –, em abril de 1983, por meio do Decreto n. 20.892⁵ (DINIZ, 2006, p. 19). Tal órgão tinha como prioridades a criação de creches, a preservação da saúde, a regulação do trabalho e o combate à violência, sendo gerenciado por lideranças feministas.

Uma das primeiras ações do CECF, focada em garantir assistência jurídica às mulheres, foi a defesa da criação dos Centros de Orientação Jurídica e Encaminhamento à Mulher (COJE), efetivada entre 1984 e 1985, os quais, inspirados pela atuação de coletivos de mulheres como o SOS-Mulher, deveriam prestar “um serviço voluntário de orientação e encaminhamento legal para mulheres em situação de violência” (KISS; SCHRAIBER; D’OLIVEIRA, 2007, p. 487).

Um exemplo de “modelo” que se inicia em grupos de mulheres e é incorporado – com menos ou mais limites – pelo estado é o atendimento às mulheres que foi inicialmente proposto por grupos como os SOS. O atendimento individual ou em grupo, a escuta solidária da história das mulheres agredidas, a afirmação do direito a viver sem violência, o trabalho interdisciplinar e em redes de serviços, a democratização das informações ditas técnicas (legais, assistenciais, médicas, etc.), entre outras, foram inovações desenvolvidas pelos grupos de mulheres, que puderam posteriormente ser incorporadas pelos organismos governamentais e saberes acadêmicos. (DINIZ, 2006, p. 20)

Em 1985, em resposta direta às denúncias de que policiais em delegacias regulares eram machistas e não levavam a sério as queixas de violência contra a mulher, o governador de São Paulo promulgou o Decreto n. 23.769, responsável por criar a primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher (DDM) do país – e a primeira delegacia de polícia feminina do mundo (SANTOS, 2005, p. 2).⁶ Devido ao considerável contingente de

⁵ Posteriormente complementado pela Lei Estadual n. 5.447/1986.

⁶ A ideia da criação da DDM partiu do então Secretário de Segurança Pública, Michel Temer, em 1985, e foi aprovada por André Franco Montoro após seis meses de discussão e negociação entre oficiais do Estado e feministas (SANTOS, 2005, p. 23).

vítimas que começaram a se dirigir à DDM, foi evidenciado o quanto a violência contra a mulher “existia, era grave e carecia de um atendimento policial especializado”, o que motivou a criação de novas unidades em São Paulo e a reivindicação desse tipo de atendimento especializado por grupos feministas de outros estados, o qual passou a ser reconhecido “como parte integrante e principal de uma política pública específica à questão da violência contra mulheres” (PASINATO; SANTOS, 2008, p. 12).

Por sua vez, no âmbito federal, durante o primeiro governo civil após a Ditadura Militar, José Sarney de Araújo Costa, também do PMDB, aprovou, por meio do Decreto n. 91.227/1985, a constituição de uma Comissão Especial incumbida de elaborar o anteprojeto da lei que criaria o Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Mulher, composta por quinze deputadas estaduais do PMDB,⁷ aliadas dos movimentos feministas, e pela senadora Eunice Michilis (Arena-AM).⁸ No mesmo ano, foi criado, por meio da Lei n. 7.353/1985, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), “primeiro órgão do Estado brasileiro a tratar especificamente dos direitos das mulheres” (PASINATO; SANTOS, 2008, p. 11), dotado do Fundo Especial dos Direitos da Mulher, “destinado a gerir recursos e financiar as atividades do CNDM” (art. 8º).

Em novembro do mesmo ano, o CNDM, conjuntamente com a bancada feminina, o movimento feminista autônomo e outras organizações femininas de todo o país, começaram a se organizar para que suas demandas impregnassem a Assembleia Nacional Constituinte. Uma de suas principais manobras foi a criação da campanha “*Mulher e Constituinte*” – difundida pelo lema “*Constituinte pra valer tem que ter direitos da mulher*” –, cujas demandas para a Constituição Federal de 1988 foram reunidas e apresentadas ao Congresso Nacional em agosto de 1986, por mais de duas mil mulheres que participaram da elaboração da “Carta das Mulheres aos Constituintes de 1987” (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 26).

7 São elas: Ruth Escobar (SP), Abigail Feitosa (BA), Selma Bandeira (AL), Irondi Pugliesi (PR), Leila de Abreu (PE), Junia Marise (MG), Mirtes Beviláqua (ES), Cristina Tavares (PE), Lúcia Arruda (RJ), Ecléa Fernandes (RS), Beth Mendes (SP), Rosalva Paim (RJ), Rita Furtado (RO), Irma Passoni (SP) e Lucia Viveiros (PA).

8 Ainda que de outro partido, a participação de Eunice foi motivada por seu importante papel histórico, tendo em vista que ela foi a primeira mulher a ocupar um cargo no Senado Federal depois da Princesa Isabel.

Dentre as demandas relacionadas aos direitos de família, a sétima determinava que a lei deveria coibir “a violência na constância das relações familiares, bem como o abandono dos filhos menores” (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER, 1987, p. 3). Quanto ao tema da violência, as reivindicações específicas foram:

1. Criminalização de quaisquer atos que envolvam agressões físicas, psicológicas ou sexuais à mulher, fora e dentro do lar.
2. Consideração do crime sexual como “crime contra a pessoa” e não como “crime contra os costumes”, independentemente de sexo, orientação sexual, raça, idade, credo religioso, ocupação, condição física ou mental ou convicção política.
3. Considerar como estupro qualquer ato ou relação sexual forçada, independente do relacionamento do agressor com a vítima, de ser essa última virgem ou não, ou do local em que ocorra.
4. A lei não dará tratamento nem preverá penalidade diferenciado aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.
5. Será eliminada da lei a expressão “mulher honesta”.
6. Será garantida pelo Estado a assistência médica, jurídica, social e psicológica a todas as vítimas de violência.
7. Será punido o explorador ou a exploradora sexual da mulher e todo aquele que a induzir à prostituição.
8. Será retirado da lei o crime de adultério.
9. Será responsabilidade do Estado a criação e manutenção de albergues para mulheres ameaçadas de morte, bem como o auxílio à sua subsistência e de seus filhos.
10. A comprovação de conjunção carnal em caso de estupro poderá se realizar mediante laudo emitido por qualquer médico da rede pública ou privada.
11. A mulher terá plena autonomia para registrar queixas, independentemente da autorização do marido.
12. Criação de delegacias especializadas no atendimento à mulher em todos os municípios do país, mesmo naqueles nos quais não se disponha de uma delegada mulher. (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER, 1987, p. 6-7)

Exibida a carta, as deputadas iniciaram um obstinado processo de convencimento dos parlamentares no Congresso Nacional Constituinte

– processo este que ficou pejorativamente conhecido como “*Lobby do Batom*” –, por meio do qual se conseguiu aprovar mais de 80% de suas reivindicações (COSTA, 2005, p. 9). Por conseguinte, em julho de 1989, um grupo de mulheres fundou, em Brasília, o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), com o objetivo de lutar pela regulamentação dos direitos das mulheres recém-aprovados na Constituinte.

Ainda assim, pouquíssimas foram as conquistas imediatas do combate à violência contra a mulher, o qual aparece como uma das obrigações do Estado no texto constitucional (art. 226, § 8º), mas não ensejou a alteração e/ou produção de legislação penal específica.⁹ Como resumem Eurico Santos, Paulo Brandão e Marcos Aguiar (2004, p. 48), “até os anos imediatamente subsequentes à promulgação da nova Constituição Federal, foram escassas as proposições sobre os temas relacionados com a mulher”.

4. “OS DIREITOS DAS MULHERES SÃO DIREITOS HUMANOS”

Na década de 1990, houve uma profissionalização ainda maior das instituições feministas e femininas no país. De um lado, organizações como o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem/BR), o Instituto para Promoção da Equidade (Ipê-Brasil), a Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero (Themis) e a Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos (Advocaci), “formadas por advogadas, privilegiaram a mobilização nas arenas judiciais nacionais e internacionais” (MACIEL, 2011, p. 102). De outro, entidades como o CFEMEA, o Cidadania, Estudos, Pesquisa, Informação e Ação (Cepia) e as Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento (Agende):

[...] formadas predominantemente por cientistas sociais, dedicaram-se à consultoria técnica em projetos e ações específicas, ao *lobby* no Legislativo e no Executivo nacionais, à propositura de projetos de lei

⁹ Um exemplo da resistência, que ainda havia no período, a legislar sobre a violência que acometia mulheres se dá quando observamos a rejeição de dois projetos de lei sobre o estupro marital – o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 234/1986, arquivado no final da legislatura, e o PL n. 4.382/1989, rejeitado pelo Plenário da Câmara em 1993 –, bem como a grande demora na alteração de artigos e termos do Código Penal de 1940, como se verá adiante (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 65).

e de políticas públicas de igualdade de gênero, à capacitação legal de agentes estatais das redes de serviço de atendimento às mulheres vítimas de violência sexual (segurança pública e saúde). (MACIEL, 2011, p. 102)

Consequentemente, mudanças legais significativas tiveram início nessa década, ainda que nem todas elas tenham sido positivas para o combate à violência.

Apesar de a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1979,¹⁰ estar em vigor, no Brasil, desde 1984, demais tratados e recomendações internacionais foram acordados apenas na década seguinte, como a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, de 1993,¹¹ a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), de 1994,¹² a Recomendação de Eliminação da Violência Contra as Mulheres e seu anexo sobre Modelos de Estratégias e Medidas Práticas sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres no Campo da Prevenção de Crimes e da Justiça Criminal, de 1997,¹³ e o Protocolo Facultativo da CEDAW, de 1999,¹⁴ os quais estabeleceram o compromisso dos Estados de garantir às mulheres uma vida com igualdade de direitos e sem violência.

- 10 Aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução n. 34/180, em 18 de dezembro de 1979, entrou em vigor em 3 de setembro de 1981, foi ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 e promulgada primeiramente em 20 de março de 1984, pelo Decreto n. 89.460, o qual fazia reservas aos arts. 15, § 4º, e 16, § 1º, alíneas *a, c, g e h*, e, posteriormente, em 13 de setembro de 2002, pelo Decreto n. 4.377, que retira tais ressalvas.
- 11 Aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução n. 48/104, em 20 de dezembro de 1993, não tendo sido ratificada pelo Brasil até o momento.
- 12 Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995, e promulgada em 1º de agosto de 1996, pelo Decreto n. 1973.
- 13 Aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução n. 52/86, em 12 de dezembro de 1997, não tendo sido ratificada pelo Brasil até o momento.
- 14 Aprovado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução n. 54/4, em 6 de outubro de 1999, entrou em vigor em 22 de dezembro de 2000, foi ratificado pelo Brasil em 13 de março de 2001, promulgado em 30 de julho de 2002, por meio do Decreto n. 4.316, e entrou em vigor em 28 de setembro do mesmo ano.

Pela primeira vez, a violência contra a mulher perpetrada por seu parceiro começou a ser diretamente condenada, seja pela inclusão, pela Organização das Nações Unidas (ONU), do estupro marital em seu rol de violações aos direitos humanos, em 1993, seja pela conceituação, pela Convenção de Belém do Pará, das formas de violência contra a mulher:

Art. 2º Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

- a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual
- b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Em fevereiro de 1992, o CFEMEA anunciou o Projeto “*Direitos da Mulher na Lei e na Vida*”, o qual “nasceu da preocupação de contribuir para a eliminação das discriminações às mulheres na legislação ordinária, complementar e na revisão constitucional”, tendo por objetivo o acompanhamento das proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional relativas à situação da mulher no país (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 1992a, p. 2). Em maio do mesmo ano, a equipe do Projeto já havia localizado “mais de 180 proposições relacionadas com a questão da mulher tramitando na Câmara e no Senado Federal”:

Destas, 24 tratam da regulamentação do mercado do trabalho da mulher, cinco proíbem testes de gravidez para admissão de mulheres no emprego, 14 dizem respeito aos direitos da empregada gestante, 11 sobre aposentadoria, 14 sobre os direitos da mulher rural, sete dispõem sobre penalidades em casos de discriminação contra a mulher, 13 fazem parte da regulamentação do Código Civil, 11 estão relacionados com a saúde da mulher, oito tratam da questão do aborto, sete sobre planejamento familiar, 33 a respeito da violência sofrida pela mulher, 14 na área de

educação, nove sobre a implantação de creches e 19 se referem a assuntos diversos. (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 1992b, p. 1)

No mesmo ano, foi instalada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) na Câmara dos Deputados – reivindicada havia tempos pelos movimentos de mulheres –, presidida pela deputada federal Sandra Meira Starling (PT-MG), em parceria com a vice, a deputada federal Marilu Segatto Guimarães (PTB-MS), e sob a relatoria da deputada federal Zila Bezerra (PMDB-AC), destinada a investigar a violência contra a mulher e debater suas causas. Em seu relatório final, aprovado em novembro de 1992, a CPI apresentou alguns projetos de lei, dentre os quais um que propunha modificações no Código Penal vigente, como o aumento das penas para os crimes de estupro e abuso sexual (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 1992c, p. 1).

Mantendo a lógica dos primeiros grupos de atendimento às mulheres, foi criado, em 1994, por iniciativa da União de Mulheres do Município de São Paulo – com o apoio da organização Themis, do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (Ibap) e do Movimento do Ministério Público Democrático (MPD) –, o Projeto Promotoras Legais Populares (PLPs), programa de formação de mulheres quanto aos seus direitos e modos de acesso à Justiça, que visa à criação de uma rede popular de fortalecimento dos direitos das mulheres e do combate à discriminação.

Tais iniciativas finalmente começaram a dar frutos. Em 1994, a Lei n. 8.930¹⁵ adicionou ao rol de crimes hediondos (art. 1º, V e VI, da Lei n. 8.072/1990) o estupro e o atentado violento ao pudor;¹⁶ dois anos depois, a Lei n. 9.318/1996¹⁷ alterou a redação da alínea *h* do inciso II do

¹⁵ Originada da Indicação Legislativa n. 01/1993, de autoria do então Presidente do Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Rio de Janeiro, Carlos Roberto Siqueira Castro, e foi apoiada pelo Poder Executivo por meio do PL n. 4.146/1993.

¹⁶ Respectivamente, os arts. 213, 214 e 223, *caput* e parágrafo único, do Código Penal.

¹⁷ De autoria do deputado federal Geovani Pinheiro Borges (PFL-AP), por meio do PL n. 2.797/1989.

art. 61 do Código Penal, agravando a pena dos crimes cometidos contra mulheres grávidas; e a Lei n. 9.281/1996¹⁸ aumentou as penas dos parágrafos únicos dos arts. 213 e 214 do Código Penal, referentes às vítimas menores de 14 anos de, respectivamente, estupro e atentado violento ao pudor.

Em 1995, as mobilizações e os encontros de preparação para a IV Conferência Mundial sobre a Mulher – cujo tema central era “*Ação para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz*” –, a ser realizada em Beijing, na China, ganhou notoriedade “em todos os estados brasileiros, reivindicando do governo medidas concretas em âmbito nacional e compromissos na esfera internacional para promover a igualdade” (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 31). É nesse momento que nascem a Articulação de Mulheres Brasileiras (AMB), responsável por organizar fóruns de mulheres em vários estados para a discussão de propostas, bem como a Conferência Nacional das Mulheres Brasileiras rumo a Beijing, realizada, no Rio de Janeiro, em julho do mesmo ano, na qual foram consolidadas “todas as propostas que vieram das conferências estaduais em um único documento do movimento frente ao governo e o debate internacional” (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 32).

Ainda em 1995, todavia, o funcionamento das DDMs foi prejudicado pelo surgimento dos Juizados Especiais Criminais (JECrim), criados pela Lei n. 9.099¹⁹ com o objetivo de simplificar e informalizar os processos judiciais envolvendo delitos de menor potencial ofensivo,²⁰ bem como torná-los mais céleres e eficientes, aplicando penas alternativas, como compensações pecuniárias (multas e pagamento de cestas básicas), serviços comunitários e conciliações (art. 2º).

Embora não idealizados para lidar com o problema da violência doméstica contra mulheres, os JECrim tiveram uma série de consequências no funcionamento das DDM. Retiraram destas o papel de investigação e de

18 De autoria da deputada federal Rose de Freitas (PSDB-ES), por meio do PL n. 1.374/1991.

19 De autoria do deputado federal Michel Temer (PMDB-SP) – o mesmo político que idealizou a criação das DDMs –, por meio do PL n. 1.480/1989.

20 Isto é, crimes cuja pena máxima prevista pelo Código Penal não é superior a dois anos, cumulada ou não com multa (art. 61 da Lei n. 9.099/1995, conforme redação dada pela Lei n. 11.313/2006).

mediação dos conflitos que compõem a grande maioria das queixas ali processadas, dando novo sentido à sua criminalização. Isto porque os delitos de lesão corporal (de natureza leve) e ameaça, cujas penas são inferiores a dois anos, continuaram sendo os mais registrados nas DDM. Os JECrim passaram, também, por um processo de “feminização”, uma vez que grande parte dos casos de lesão corporal e de ameaça atendidos nestes Juizados eram provenientes das delegacias da mulher. (SANTOS, 2010, p. 160)

Tal lei recebeu uma série de críticas dos grupos feministas, de pesquisadoras(es) e oficiais de polícia, uma vez que os JECrim passaram a funcionar “como um espaço de ressignificação das penas e dos crimes, onde ocorre[u] uma descriminalização da violência contra mulheres, com efeitos de ‘trivialização’, ‘reprivatização’ e ‘invisibilização’ do conflito e desigualdade de poder em que se baseia a violência” (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 160).

Em 1996, o então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, lançou, por meio do Decreto n. 1.904, o I Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), elaborado pelo Ministério da Justiça em parceria com o CNDM,²¹ reconhecendo formalmente os direitos humanos de mulheres, e reiterou o comprometimento do Estado em protegê-los a curto, médio e longo prazo. Para coordenar e monitorar a execução do Programa, foi criada, no ano seguinte, a Secretaria Nacional de Direitos Humanos (PINHEIRO; MESQUITA NETO, 1997).

Ainda em 1997, a Lei n. 9.520²² revogou o art. 35 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941), que

²¹ Importante destacar que, nessa década, o CNDM encontrava-se enfraquecido. Em 1989, quando uma grave crise econômica assolava o país, o então ministro da Justiça, Oscar Dias Corrêa, reduziu em 70% o orçamento do Conselho e substituiu dois terços das conselheiras por funcionárias não filiadas aos movimentos de mulheres, levando à renúncia coletiva das equipes técnica e financeira do CNDM (MAGRINI, 2012, p. 72-73). Assim que assumiu a Presidência da República, no ano seguinte, Fernando Collor de Mello minou novamente o acesso de aliadas à administração do Conselho e, por meio da Medida Provisória n. 150/1990, decretou o fim de sua autonomia administrativa e financeira, “reduzindo os seus 159 funcionários a uma direção executiva de uma funcionária e uma assistente” (SANTOS, 2008, p. 15-16). Tal situação só foi revertida no final do segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso e no governo do presidente seguinte, Luiz Inácio Lula da Silva.

²² De autoria da deputada federal Raquel Capiberibe da Silva (PSB-AP), por meio do PL n. 241/1995.

estabeleciam que a mulher casada não podia exercer o direito de “queixa”²³ sem consentimento do marido, salvo quando estivesse dele separada ou quando a queixa fosse contra ele, podendo o juiz suprir o consentimento caso o marido se recusasse a fazê-lo.

Em 1998, ocorreu a Campanha Mundial pelos Direitos Humanos das Mulheres. Nesse ano, para celebrar o Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a bancada feminina da Câmara dos Deputados organizou o seminário “*Os Direitos Humanos das Mulheres e a Violência Intrafamiliar*”, a partir do qual foram lançados o Pacto Comunitário contra a Violência Intrafamiliar – estabelecendo um programa de medidas para o enfrentamento da violência contra a mulher no âmbito doméstico familiar – e a campanha “*Uma Vida Sem Violência é um Direito Nosso*”, promovidos por uma parceria entre as Nações Unidas no Brasil e a Secretaria Nacional de Direitos Humanos do Ministério da Justiça (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 70-71).

Ainda em comemoração, o Cladem/BR, com o apoio do CFEMEA, do CNDM e das Nações Unidas no Brasil, lançou a campanha “*Sem as Mulheres os Direitos Não São Humanos*”, a qual foi complementada pela iniciativa do CFEMEA de lançar o projeto “*Os Direitos das Mulheres São Direitos Humanos*”, divulgado nas principais emissoras de televisão e revistas do país “com a colaboração de artistas, escritoras, modelos, feministas e profissionais liberais” (BRAZÃO; OLIVEIRA, 2010, p. 32 e 70).

5. AS MARIAS DO BRASIL

Em decorrência das diversas campanhas realizadas na década anterior, os anos 2000 assinalaram um processo de significativa revisão e inovação legal em benefício das mulheres. Em 2001, o crime de assédio sexual foi incluído no Código Penal (art. 216-A), pela Lei n. 10.224.²⁴ Um ano depois, foi

²³ Isto é, a notificação, à Polícia ou ao Ministério Público, da ocorrência de um fato criminoso, para que este seja investigado (*notícia-crime*).

²⁴ De autoria da deputada federal Iara Bernardi (PT-SP), por meio do PL n. 61/1999.

elaborada, pelo Ministério da Saúde, a Norma Técnica sobre Agravos da Violência Sexual, a qual garantiu o direito ao aborto legal para as mulheres vítimas de violência sexual.²⁵

Ainda em 2001, movimentos feministas – a União de Mulheres do Município de São Paulo, o Dandara (Centro de Promotoras Legais Populares de São José dos Campos) e a Marcha Mundial de Mulheres – e organizações profissionais – o Ibap, o MPD e a Comissão da Mulher Advogada da OAB/SP –, os quais eram críticos quanto ao modo como os JECrim lidavam com casos de violência contra a mulher, deram início à campanha, no estado de São Paulo, pela criação de um Juizado Especial para os Crimes de Violência de Gênero (JECVG). Após ter seu pedido negado pelo então presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Márcio Martins Bonilha, a campanha foi continuada, renovando, no ano seguinte, seu requerimento, agora para o novo presidente do TJSP, Sérgio Augusto Nigro Conceição, o qual, em 25 de novembro de 2003, no Dia Internacional de Combate à Violência contra a Mulher, anunciou a criação do primeiro JECVG (SANTOS, 2005, p. 184 e 237).

Em 2002, o então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, criou a Secretaria do Estado dos Direitos da Mulher (Sedim), ligada ao Ministério da Justiça, atendendo a uma recorrente reivindicação dos movimentos nacionais de mulheres. No ano seguinte, entretanto, o novo presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, substituiu a Sedim pela Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres (SPM), diretamente vinculada à Presidência da República. No mesmo período, a Secretaria Nacional de Direitos Humanos ganhou *status* ministerial, sendo vinculada também à Presidência da República, passando a se chamar Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), com Nilcéia Freire como Ministra (MACIEL, 2011, p. 107).

Ainda em 2003, a Lei n. 10.714²⁶ autorizou o Poder Executivo a disponibilizar, em âmbito nacional, número telefônico destinado a atender

²⁵ Anteriormente, o Código Penal possibilitava o aborto legal apenas nos casos em que não houvesse outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I – “aborto necessário”).

²⁶ De autoria da senadora Emília Teresinha Xavier Fernandes (PDT-RS), por meio do PLS n. 102/1999.

denúncias de violência contra a mulher;²⁷ e a Lei n. 10.778/2003²⁸ estabeleceu a notificação compulsória, em todo o território nacional, de casos em que houver indícios ou confirmação²⁹ de violência contra mulheres atendidas em serviços de saúde públicos ou privados – complementada pela Portaria do Ministério da Saúde n. 2.406/2004.

A violência doméstica, por seu turno, só foi incluída no Código Penal (art. 129, §§ 9º e 10) em 2004, pela Lei n. 10.886,³⁰ que criou tipo especial de lesão corporal dolosa nas relações domésticas, com pena de detenção, de 6 meses a 1 ano, podendo ser aumentada em 1/3 caso se trate de lesão de natureza grave (§§ 1º e 2º) ou seguida de morte (§ 3º).

No mesmo ano, a SPM, juntamente com o CNDM, realizou a I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (CNPM),³¹ cujo tema central era “*Políticas para as Mulheres: Um Desafio para a Igualdade numa Perspectiva de Gênero*”, reunindo “1.787 delegadas, e mais de 700 observadoras e convidadas”, além de contar com a contribuição de “mais de 120 mil mulheres que discutiram, em plenárias municipais e regionais e em conferências estaduais, a situação das mulheres brasileiras” (FREIRE, 2004, p. 13). As diretrizes da I CNPM serviram de base para a elaboração do I Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), aprovado, em 2005, por meio do Decreto

²⁷ Cabe destacar, entretanto, que tal número só foi criado, de fato, por meio do Decreto n. 7.393/2010, que dispôs sobre a Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180).

²⁸ De autoria da deputada Federal Maria do Socorro Gomes (PCdoB-PA), por meio do PL n. 4.493/2001.

²⁹ O PL n. 121/2019, de autoria da deputada Federal Renata Hellmeister de Abreu (PODE-SP), buscou ampliar o escopo da lei para incluir os casos de *suspeita* de violência, sendo, entretanto, integralmente vetado pelo atual presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, em outubro de 2019.

³⁰ De autoria da deputada federal Iara Bernardi (PT-SP), por meio do PL n. 03/2003.

³¹ As CNPMs são convocadas por iniciativa do Poder Executivo visando à discussão e proposição de leis e políticas públicas, em nível municipal, estadual e federal, para o combate à violência contra a mulher, as quais servem de base para a elaboração do PNPM. Tendo sido realizadas, até o momento, apenas quatro vezes – em 2004, 2007, 2011 e 2016 –, as Conferências contam com a participação de representantes do Poder Executivo estadual e municipal, de Ministras(os), Secretárias(os), Delegadas(os), movimentos feministas e femininos, bem como de observadoras(es) e convidadas(os) (MAGRINI, 2012, p. 75).

n. 5.390,³² introduzindo, dentre outras inovações, os Centros de Referência de Atendimento à Mulher em Situação de Violência.

Ademais, após décadas de reivindicação, a Lei n. 11.106/2005³³ retirou do Código Penal referências à “honestidade” e/ou virgindade das mulheres vítimas de crimes sexuais; modificou a redação do Título VI da Parte Especial para “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas”; e revogou os incisos referentes ao Princípio da Reparação da Honra (art. 107, VII e VIII).

Determinação legislativa de combate à violência de gênero ainda mais significativa foi promulgada em 2006, ficando conhecida como “Lei Maria da Penha” (Lei n. 11.340). Tal lei foi resultado de uma bem-sucedida ação de *advocacy* feminista que teve início em meados de 2002, quando um grupo de mulheres se reuniu e decidiu formular uma minuta de anteprojeto de lei que abarcasse todos os seus pleitos, contribuindo para erradicar a violência contra a mulher no país. Para tanto, foi formado um Consórcio de ONGs Feministas para a Elaboração de Lei Integral de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres, composto por CFEMEA, Cladem/BR, Themis, Advocaci, Agende e Cepia, bem como por juristas e feministas especialistas no assunto (CALAZANS; CORTES, 2011, p. 43).

No final de 2003, o Consórcio – que contava com aliadas políticas importantes, como a ministra da SEDH, Nilcéia Freire, e a deputada federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ) (MACIEL, 2011, p. 107-108) – apresentou seu anteprojeto à Bancada Feminina do Congresso Nacional, e debateu, com as deputadas e a ministra da SPM, Eleonora Menicucci, algumas de suas propostas – dentre as quais se destacavam a criação de uma Política Nacional de combate à violência contra a mulher, a elaboração de serviços públicos de atendimento multidisciplinar e a não aplicação da Lei n. 9.099/1995 nos casos de violência doméstica contra as mulheres. A proposta apresentada foi acolhida pela Ministra, que se prontificou a dar andamento ao projeto o mais rápido possível (CALAZANS; CORTES, 2011, p. 44-45).

Assim sendo, em dezembro de 2004, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei (PL) n. 4.559, visando criar “mecanismos para coibir a

³² O qual foi alterado em 2013, pelo Decreto n. 7.959.

³³ Também de autoria da deputada federal Iara Bernardi (PT-SP), por meio do PL n. 117/2003.

violência doméstica e familiar contra a mulher” e estabelecer “medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência” (art. 1º). Por meio do Decreto n. 5.030/2004, foi instituído o Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar medidas para coibir a violência doméstica contra a mulher (art. 1º), que utilizou como documento-base a proposta do Consórcio.

Sob fiscalização e com a participação ativa de grupos de mulheres – em especial por meio de vigílias nacionais pelo fim da violência contra a mulher, organizadas pela Articulação de Mulheres Brasileiras, e pela Campanha “*Por uma Lei Integral de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar Contra as Mulheres*”, promovida, em 2004, pelo CFEMEA –, o PL recebeu muitas críticas ao manter, em um primeiro momento, o julgamento dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher sob responsabilidade dos JECrim, sendo objeto de posteriores revisões e substitutivos até ser sancionado – no caso, o substitutivo PL n. 37/2006 – em 7 de agosto de 2006 (MACIEL, 2011, p. 103).

Vale salientar que o nome da nova lei foi escolhido como uma forma simbólica de demonstrar o cumprimento, pelo Brasil, das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA) referentes ao Caso n. 12.051.

Em 20 de agosto de 1998, a CIDH/OEA recebeu uma denúncia, apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Cladem/BR, que alegava a tolerância da República Federativa do Brasil para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros contra a sua então esposa, a denunciante, durante os anos de convivência matrimonial, que culminou em uma tentativa de homicídio em meados de 1983, a qual deixou Maria da Penha paraplégica. Apesar das denúncias realizadas internamente, o Estado Brasileiro não tomou nenhuma medida necessária para processar e punir o agressor no decorrer de 15 anos.

Após analisar o mérito do caso, a CIDH/OEA concluiu, por meio do Relatório n. 54/2001, pela omissão do Estado Brasileiro com relação ao problema da violência contra a mulher de modo geral – uma vez que a violação sofrida pela denunciante não representava uma situação isolada no país, mas reforçava o padrão de impunidade nos casos de violência doméstica contra mulheres brasileiras – e fez uma série de recomendações, advertindo o Brasil a adotar medidas efetivas para implementar direitos já reconhecidos internamente e nas Convenções Internacionais que ratificou, bem como a elaborar uma lei específica sobre o combate à violência contra a mulher.

Sendo assim, a Lei Maria da Penha foi promulgada com o objetivo de criar novos mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Constituição Federal de 1988,³⁴ da CEDAW e da Convenção de Belém do Pará, configurando tal violência como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (art. 5º).

Uma das principais inovações estatuídas pela nova lei foi a introdução de medidas protetivas de urgência que podem ser concedidas *inaudita altera pars* (isto é, sem que seja ouvida a outra parte) e independentemente de manifestação do Ministério Público, deferindo, o Juízo, tantas quantas se fizerem necessárias para garantir a proteção da vítima, de seus familiares e de seu patrimônio (arts. 18 e 19). Outra foi a determinação de que caberá a prisão preventiva do agressor em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal (art. 20). Assim sendo, a lei incluiu o inciso IV no art. 313 do Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/1941), admitindo a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, [...] para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”³⁵ (art. 42).

Ganha destaque, ainda, a criação, em nível nacional, dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (arts. 14, parágrafo único, e 29), acompanhada pela implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária (art. 34); além da determinação da inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/1995) aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista (art. 41).

Mais uma importante inovação foi a vedação da aplicação de penas de pagamento de cesta básica ou outras formas de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implicasse o pagamento isolado de multa

³⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

³⁵ A Lei n. 12.403/2011, todavia, alterou a redação do artigo: 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; [...].

(art. 17). Ademais, a lei resgatou a figura do inquérito policial, anteriormente substituído pelo Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), aplicável a infrações de menor potencial ofensivo. Tais inovações foram muito importantes para afastar o entendimento anterior de que os crimes de violência contra a mulher são de baixo potencial ofensivo, o que possibilitava, na maioria das vezes, a sua desclassificação (ROCHA, 2018, p. 25).

Por fim, a lei alterou a redação da alínea *f* do inciso II do art. 61 do Código Penal, estabelecendo, como condição agravante, ter o agente cometido o crime “prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica” (art. 43); aumentou a pena do § 9º do art. 129 (violência doméstica), para detenção de 3 meses a 3 anos; e incluiu o § 11, que determina o aumento da pena em 1/3 se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência (art. 44). Ademais, introduziu o parágrafo único do art. 152 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), determinando que, “nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação” (art. 45).

Apesar de seu longo processo de elaboração e enorme participação popular, a Lei Maria da Penha continuou a sofrer resistência por parte de agentes jurídicos, como demonstram a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 19 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de Medida Cautelar (ADI) n. 4.424, ambas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em fevereiro de 2012.

A ADC n. 19, impetrada, em 2007, pelo então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, visava “redimir as controvérsias judiciais e afastar a insegurança jurídica sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha” (MACHADO *et al.*, 2012, p. 67), em especial pelas acusações de inconstitucionalidade que estavam sendo feitas contra três de seus artigos: o art. 1º, que “surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônico com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira”; o art. 33, o qual, “no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária”; e o art. 41, que, ao “afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei n. 9.099/95, mostra-se em consonância

com o disposto no § 8º do art. 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares” (BRASIL, 2012a, p. 1-2).³⁶

Por sua vez, a ADI n. 4.424, impetrada, em 2010, pelo então Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, objetivava uniformizar a Lei n. 11.340/2006, visto que, segundo a petição inicial, “a legislação poderia dar ensejo a duas interpretações distintas sobre a aplicação da Lei Maria da Penha: a de que o crime de violência doméstica enseja (i) ação penal pública condicionada à representação da vítima ou (ii) ação penal pública incondicionada” (MACHADO *et al.*, 2012, p. 67). Desse modo, a ADI requeria que fosse permitida “a aplicação da Lei n. 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher” e que a persecução penal dos acusados ficasse sujeita à representação da vítima em tais delitos (BRASIL, 2012b, p. 2-4).

O STF julgou, nos termos do voto do Ministro-Relator Marco Aurélio, totalmente procedente a ADC n. 19, declarando a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha (STF, 2012a); e parcialmente procedente a ADI n. 4.424, interpretando os arts. 12, inciso I, e 16 da Lei n. 11.340/2006 de modo a assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão praticado contra a mulher no ambiente doméstico, pouco importando sua extensão (BRASIL, 2012b).

Ainda que a primeira decisão do STF tenha sido aplaudida pelos grupos de mulheres, visto que meramente reafirma as inovações da Lei Maria da Penha, a segunda foi objeto de discussão pelos movimentos feministas. De um lado, argumentava-se que ela retirou o protagonismo das vítimas – mulheres –, reservando-lhes uma posição passiva, desigual da que é garantida aos demais ofendidos – cujo sexo não é determinante diante do crime que sofreram – quanto à escolha de instaurar ou não determinado processo penal; de outro, ela teria sido pensada de modo a proteger ainda mais as vítimas mulheres, as quais poderiam – por diversos motivos – encontrar-se impedidas de (ou desencorajadas a) denunciar as violências sofridas.

³⁶ No dia 25 de novembro de 2008, data do “Dia Internacional da NãoViolência contra a Mulher”, o Instituto Antígona, a Themis, o Ipê-Brasil e o Cladem/BR ingressaram como *amicus curiae* na ação, buscando reforçar a tese de constitucionalidade da lei (MACIEL, 2011, p. 104).

As alterações legais, todavia, não pararam em 2006. Três anos depois, por meio da Lei de Crimes Sexuais (Lei n. 12.015/2009³⁷), várias mudanças foram feitas no Código Penal (art. 2º). A primeira delas foi a modificação do Título VI da Parte Especial para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, seguida pela alteração da redação de vários artigos – como a dos crimes de estupro³⁸ e de violação sexual mediante fraude,³⁹ os quais passaram a referir-se a vítimas de qualquer gênero e tiveram suas penas aumentadas – e pela revogação de outros, como os referentes ao atentado violento ao pudor (art. 214), ao atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), às formas qualificadas (art. 223) e à presunção de violência (art. 224) nos casos de crimes contra a dignidade sexual. Ademais, ela alterou novamente o rol de crimes hediondos, substituindo a redação dos incisos V e VI por estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º) e estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º a 4º).

6. RECORDE DE MORTES

A década seguinte também foi marcada por diversas inovações legais. Em 2011, as Diretrizes Nacionais para Abrigamento às Mulheres em Situação de Risco e Violência foram publicadas pela Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, buscando atualizar o papel das casas-abrigo após a implementação da Lei Maria da Penha, em

³⁷ Resultante da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) de Exploração Sexual, de 2003, por meio do PLS n. 253/2004.

³⁸ Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

³⁹ Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

um período em que existiam apenas 72 instituições de abrigo por todo o território brasileiro, concentradas nas regiões Sudeste (25 casas de atendimento) e Sul (13 casas de atendimento) (SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, 2011).

Em 2013, o Decreto n. 7.958 estabeleceu diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS), e o Decreto n. 8.086/2013 instituiu o Programa “*Mulher: Viver sem Violência*”, com o objetivo de “integrar e ampliar os serviços públicos existentes voltados às mulheres em situação de violência, mediante a articulação dos atendimentos especializados no âmbito da saúde, da justiça, da rede socioassistencial e da promoção da autonomia financeira” (art. 1º). Tal Programa faz parte da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, organizada pela SPM desde sua criação, em 2003, e das ações de implementação do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, lançado em 2007.

Todas essas mudanças, entretanto, foram insuficientes para solucionar as altas taxas de homicídio de mulheres por questão de gênero no país. Ainda que a introdução da Lei Maria da Penha, em 2006, tenha levado à diminuição dos índices de tal crime no mesmo ano – embora de forma heterogênea, tendo em vista que a Região Sudeste apresentou resultados muito mais positivos do que as demais –, estes voltaram a subir a partir de 2007 (CERQUEIRA *et al.*, 2015).

De acordo com o “Atlas da Violência” (CERQUEIRA, 2018, p. 45), em 2015, a taxa nacional de homicídios de mulheres foi de 4,5 a cada 100 mil mulheres – a quinta maior no mundo, segundo dados da Organização Mundial da Saúde. Desse modo, por meio da aprovação do Requerimento n. 04/2011, de autoria da Senadora Ana Rita Esgário (PT-ES), o Congresso Nacional criou uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para “investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência” (BRASIL, 2013, p. 10).

Presidida pela deputada federal Maria do Socorro Jô Moraes (PCdoB-MG), com a deputada federal Iolanda Keiko Ota (PSB-SP) como vice e com a relatoria da senadora-autora, a CPMI, composta por

mais dez senadoras(es)⁴⁰ e dez deputadas(os) federais,⁴¹ estudou, a partir de março de 2012, a violência contra a mulher nos dez estados brasileiros mais violentos – quais sejam, em ordem decrescente, Espírito Santo, Alagoas, Paraná, Pará, Mato Grosso do Sul, Bahia, Paraíba, Distrito Federal, Goiás e Pernambuco – e nos quatro estados mais populosos – respectivamente, São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul –, bem como no Amazonas, no Ceará e em Roraima, por decisão dos membros da CPMI.

Em seu relatório final, publicado em julho de 2013, foram apresentados o diagnóstico do enfrentamento à violência contra a mulher em cada Estado, alguns casos emblemáticos de violação aos direitos das mulheres no país, recomendações aos Governos Estaduais e Federal e propostas de legislação, dentre as quais destacamos a de tipificação do feminicídio no Código Penal (PLS n. 292/2013):

A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido “crime passionnal”. Envia, outrossim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas. (BRASIL, 2013, p. 1004)

⁴⁰ Quais sejam: Ângela Portela (PT-RR), Armando Monteiro (PTB-PE), Humberto Costa (PE-PT), Ivonete Dantas (PMDB-RN), José Agripino (DEM-RN), Lídice da Mata (PSB-BA), Lúcia Vânia (PSDB-GO), Maria do Carmo Alves (DEM-SE), Marta Suplicy (PT-SP) e Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM).

⁴¹ São elas(es): Carmem Zanotto (PPS-SC), (Professora) Dorinha Seabra Rezende (DEM-TO), Eduardo Azeredo (PSDB-MG), Elcione Barbalho (PMDB-PA), Fátima Pelaes (PMDB-AP), (Doutor Rosinha) Florisvaldo Fier (PT-PR), Gorete Pereira (PR-CE), Marina Sant’Anna (PT-GO), Rebecca Garcia (PP-AM) e Sueli Vidigal (PDT-ES).

Em resposta a tal proposta, e após longo debate entre oficiais do Estado e movimentos feministas e femininos, em especial nas duas Audiências Públicas realizadas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (em outubro e novembro de 2013), foi promulgada, em 2015, a Lei do Femicídio (Lei n. 13.104), que prevê o feminicídio como modalidade de homicídio qualificado (incisos VI e VII do § 2º do art. 121 do Código Penal) e o inclui no rol dos crimes hediondos (incisos I e I-A do art. 1º da Lei n. 8.072/1990). Nos termos da lei, feminicídio é o crime praticado contra a mulher em razão da condição do sexo feminino, isto é, quando envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo e discriminação contra a condição de mulher (art. 121, § 2º-A, do Código Penal).

Importante destacar, ainda, que tal medida não foi aclamada por todos os grupos feministas brasileiros, tendo em vista a substituição da expressão “gênero” por “condição de sexo feminino” e distintos entendimentos quanto à lógica punitivista de criminalizar determinadas condutas (MACHADO; MATSUDA, 2015, p. 5-6). Tal divergência não se tratou de um fenômeno novo, estando presente desde as primeiras conquistas legislativas no âmbito penal dos movimentos de mulheres (ANDRADE, 2003, p. 110).

No ano seguinte, por meio da Lei n. 4.969/2016, o Estado do Mato Grosso do Sul instituiu a Campanha Agosto Lilás – em alusão à data de sanção da Lei Maria da Penha –, com o objetivo de “sensibilizar a sociedade sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher e divulgar a Lei Maria da Penha” (art. 2º), e o Programa “Maria da Penha vai à Escola”, com ações educativas sobre modos de prevenção da violência contra a mulher. Nos anos seguintes, vários outros estados e municípios também adotaram a Campanha, que, agora, tem abrangência nacional.

7. VELHAS E NOVAS VIOLÊNCIAS

Com a popularização de novas tecnologias, outras formas de violência contra a mulher começaram a se popularizar, principalmente nos ambientes virtuais. De acordo com dados divulgados pela ONG SaferNet, foram registradas, em 2018, 16.717 denúncias desse tipo, número 1.640% maior do que o registrado no ano anterior.⁴² Dentre elas, destaca-se, além dos casos de assédio, a utilização, pelo agressor, de imagens e/ou vídeos íntimos para chantagear a vítima (AASP, 2019).

Em reação a isso, vários grupos feministas e femininos deram início a campanhas sobre a garantia de segurança digital para as mulheres, as quais se dividiram entre divulgar técnicas de prevenção e proteção para as possíveis vítimas,⁴³ bem como buscar evitar ou “romper com a culpabilização ou re-vitimização das meninas e mulheres que tivessem passado por esse tipo de experiência” (VALENTE *et al.*, 2016, p. 2-3). A iniciativa de criminalizar tal prática, entretanto, partiu de deputados federais e senadores.

O primeiro PL (n. 5.555) que trata da exposição não consentida de imagens íntimas foi proposto, no Congresso Nacional, em 2013, pelo deputado federal João José de Arruda Júnior (PMDB-PR), inspirado pelo caso de exposição virtual da jornalista Rose Leonel, por seu ex-namorado, em 2005. Depois desse, vários outros PLs foram propostos sobre a mesma temática, tanto na Câmara de Deputados quanto no Senado Federal, contrastando, entretanto, “seja quanto às penas ou agravantes sugeridas, seja quanto a que leis visam alterar – em alguns casos, a Lei [Maria da Penha], e, em outros, o Código Penal” (VALENTE *et al.*, 2016, p. 122).

Assim sendo, duas novas leis foram promulgadas em 2018. A Lei n. 13.718⁴⁴ alterou o Código Penal para tipificar os crimes de importunação sexual (arts. 215-A e 217-A, § 5º) e de divulgação de cena de estupro (art. 218-C); tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável (art. 225); estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes (art. 226, II e IV); e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro “corretivo” (art. 234-A, III e IV). A Lei n. 13.772,⁴⁵ por sua vez, reconheceu que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar (art. 7º, II, da Lei Maria da Penha) e criminaliza o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado (art. 216-B do Código Penal).

⁴² É importante notar que não há produção de dados oficiais sobre o tema, o que dificulta a produção de números confiáveis.

⁴³ Um exemplo foi a publicação, pelo CFEMEA, do “Guia Prático de Estratégias e Táticas para a Segurança Digital Feminista” (2017), realizado com a Universidade Livre Feminista, em parceria com Blogueiras Negras e Marialab.

⁴⁴ De autoria da senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM), por meio do PLS n. 618/2015.

⁴⁵ Resultante do primeiro PL sobre o tema.

Finalmente, nota-se um considerável aumento do número de projetos de lei, apresentados na Câmara de Deputados, que têm como cerne a proteção das mulheres, principalmente no primeiro semestre da presente legislatura, resultante não apenas da contínua visibilidade de tal tema, por esforço contínuo de grupos de mulheres em todo o país, mas, também, do aumento da quantidade de parlamentares mulheres (ZAREMBA, 2019). Tais projetos visam tanto à criação de novas leis – como a Lei n. 8.301/2019, do Estado do Rio de Janeiro, que vedou a nomeação de agressores condenados pela Lei Maria da Penha para cargos públicos – quanto à complementação e/ou alteração de normas já vigentes – como a Lei n. 13.880/2019,⁴⁶ que alterou a Lei Maria da Penha para prever a apreensão de arma de fogo sob posse de agressores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Revisitando as últimas cinco décadas, são inegáveis a enorme importância da organização e mobilização de mulheres, por meio de movimentos feministas e femininos espalhados por todo o país, e os consideráveis frutos conquistados perante o Poder Legislativo. Nas palavras de Leila de Andrade Linhares Barsted (2011, p. 14):

No processo de luta por direitos, as organizações e os movimentos de mulheres constituíram um campo de poder que tem sido decisivo para a manutenção dos direitos conquistados e para a possibilidade de conquista de novos direitos. Esse processo de luta por direitos, voltado para a eliminação de todas as formas de discriminação, incluindo a dominação masculina, apresenta, ao longo das últimas [...] décadas, um conjunto de importantes avanços legislativos e de políticas públicas que não pode ser subestimado.

Não obstante, ainda há muito a ser feito para garantir, de fato, uma vida sem violência para as mulheres brasileiras, visto que, como afirmado

⁴⁶ De autoria conjunta de onze deputados(as) federais, por meio do PL n. 17/2019. Destes(as), apenas duas são mulheres – Liziane Bayer (RS) e Rosana Valle (SP) –, ambas eleitas pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB); oito são homens deste mesmo partido – Alessandro

anteriormente, a legislação específica não tem potencial para, por si só, resolver o problema da violência contra a mulher, tendo, entretanto, exercido um papel de extrema importância na evidenciação de atitudes não toleradas, no reforço e monitoramento dos direitos das mulheres, e na divulgação e discussão de questões atreladas ao tema.

De acordo com o “13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública” (FBSP, 2019, p. 109), foram registrados, em âmbito nacional, 263.067 casos de violência doméstica no ano de 2018. Todavia, a pesquisa *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil* (DATAFOLHA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 20), realizada no mesmo ano, revela que, em relação à agressão mais grave sofrida pelas mulheres entrevistadas nos últimos 12 meses, apenas 22,2% procuraram algum órgão oficial⁴⁷ – responsável por informar as Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; das demais vítimas, 25,8% procuraram apoio em sua família, amigos e/ou igreja, e 52% não fizeram nada. Assim sendo, acredita-se que o número registrado no Anuário seja uma fração do número real de casos de violência doméstica.

Segundo o mesmo Anuário (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 114), registrou-se a ocorrência, em âmbito nacional, de 66.041 estupros no ano de 2018 – dos quais as mulheres foram vítimas em 81,8% dos casos –, equivalendo a mais de 180 estupros por dia, número 4,1% maior do que o registrado no ano anterior. Cabe destacar que somente 35% das vítimas costumam relatar o episódio à Polícia (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2014, p. 6), e que, dos crimes registrados, 63,8% foram cometidos contra vulneráveis – isto é, menores de 14 anos, pessoas consideradas juridicamente incapazes para consentir ato sexual, ou incapazes de oferecer resistência, independentemente de sua idade⁴⁸ –, os quais, no caso de vítimas do sexo feminino,

Molon (RJ), Aliel Machado (PR), Bira do Pindaré (MA), Danilo Cabral (PE), Denis Bezerra (CE), Felipe Rigoni (ES), João H. Campos (PE) e Luciano Ducci (PR) – e o último foi eleito pelo Partido Republicano da Ordem Social (PROS) – Weliton Prado (MG).

⁴⁷ Ou seja, denunciaram em uma DDM ou em um departamento de polícia comum, ligaram para a Polícia Militar ou para a Central de Atendimento à Mulher, ou procuraram uma associação ou entidade de proteção.

⁴⁸ Art. 217-A, *caput* e § 1º, do Código Penal de 1940, nos termos da Lei de Crimes Sexuais (Lei n. 12.015/2009).

ocorreram principalmente entre seus 10 e 13 anos (28,6% dos casos), e, de vítimas do sexo masculino, entre seus 5 e 9 anos (27,2% dos casos), sendo os crimes cometidos, em 75,9% das ocorrências, por agressores que possuíam algum tipo de vínculo com as vítimas (BUENO; PEREIRA; NEME, 2019, p. 118-120).

Ainda de acordo com o Anuário (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 108), o número de feminicídios registrado no país, em 2018, foi de 1.206 – correspondentes a 29,6% dos homicídios dolosos de mulheres –, o que equivale a mais de três feminicídios por dia, representando um aumento de 11,3% em relação ao ano anterior. Dentre as vítimas, as mulheres negras são maioria, representando 61% do total, contra 38,5% de brancas, 0,3% de indígenas e 0,2% de amarelas; ademais, quanto maior a vulnerabilidade social das mulheres, maior a chance de serem vítimas, uma vez que 70,7% do total haviam cursado até o ensino fundamental, enquanto somente 7,3% possuíam ensino superior (PEREIRA *et al.*, 2019, p. 111-112).

Todavia, a ausência de dados confiáveis ainda é acentuada. Conforme destaca a pesquisa *Monitor da violência: feminicídios no Brasil* (G1; NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019), os estados do Amapá, Bahia, Maranhão, Mato Grosso, Sergipe e Tocantins não possuem dados do crime de feminicídio referentes aos anos de 2015 e 2016. Alguns estados, como Sergipe e Tocantins, mesmo no ano de 2017, produziram apenas dados parciais. Os estados do Ceará e do Mato Grosso só começaram a coletar dados em 2018; e Rondônia, por sua vez, sequer possuía registro do gênero das vítimas de homicídios dolosos do estado até o mesmo ano.

A justificativa central para a ausência de tais dados é de dificuldades técnicas de implantação da nova qualificadora, seja pelo “processo de aprendizagem dos profissionais de segurança pública para o adequado registro” dos casos, seja pela constatação da ocorrência do crime apenas ao final da investigação policial, de modo que “a atualização desta estatística nas bases de dados depende de processos internos de retificação” (PEREIRA *et al.*, 2019, p. 110-111). Entretanto, outra fonte da subnotificação também deve ser considerada: o não reconhecimento da ocorrência de feminicídio em muitos casos, tanto pelos familiares das vítimas quanto pelos oficiais competentes.

O estudo *Raio X do feminicídio em SP*: é possível evitar a morte (NÚCLEO DE GÊNERO-MPSP, 2018, p. 15-16) demonstra que, nos casos em que a vítima e o agressor possuíam alguma relação afetiva, prevalece o reconhecimento da ocorrência de feminicídio (87% dos casos); já naqueles em que o relacionamento entre as partes era distinto, há uma enorme dificuldade de identificação da qualificadora (que se deu em apenas 27% dos casos).

Além da manutenção de números alarmantes de violência, alguns modos – predatórios – de visualização e tratamento das mulheres pela sociedade brasileira parecem ter persistido, uma vez que a culpabilização da vítima, a banalização da violência sofrida, o frequente uso de estereótipos e a manutenção do preconceito e da discriminação em relação às mulheres ainda se mantêm presentes em discursos da população em geral, bem como de operadores do Direito.

A pesquisa *Tolerância social à violência contra as mulheres* (IPEA, 2014, p. 22) revela que 58,5% dos brasileiros entrevistados concordavam (total ou parcialmente) que, “se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupros”. Quanto ao relacionamento entre cônjuges, 27,2% afirmaram acreditar (total ou parcialmente) que a esposa deve satisfazer seu marido na cama, mesmo quando não tem vontade (IPEA, 2014, p. 10-11); 78,7%, que o que acontece com o casal dentro de sua casa não interessa aos demais; 82%, que “em briga de marido e mulher, não se mete a colher”; 89%, que “roupa suja se lava em casa” (IPEA, 2014, p. 13); e 65%, que as mulheres que são agredidas, mas não se separam de seus parceiros, “gostam de apanhar” (IPEA, 2014, p. 21).

Em vista disso, acreditamos que, uma vez conquistadas tantas normativas e políticas públicas específicas que visam à proteção da mulher, os principais desafios atuais são, de um lado, a garantia de efetividade das legislações aprovadas, bem como a coibição de qualquer tentativa de flexibilizar e/ou revogar os direitos adquiridos, e, de outro, a transformação efetiva dos paradigmas socioculturais da população brasileira.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Sonia E. *Engendering democracy in Brazil: women's movements in transition politics*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO – AASP. Crimes sexuais pela internet: a violência contra a mulher entre o real e o virtual. *AASP*, São Paulo, 14 mar. 2019. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/noticias/crimes-sexuais-pela-internet-violencia-contramulher-entre-o-real-e-o-virtual/>. Acesso em: 17 mar. 2019.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. *Violência contra a mulher e cidadania: uma avaliação das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Cepia, 1994 (Coleção Cadernos Cepia).

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de *advocacy* feminista. In: CAMPOS, Cármen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13-37.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Plenário. *DJ*, 9 fev. 2012a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424/DF*. Rel.: Min. Marco Aurélio. Plenário. *DJ*, 9 fev. 2012b.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) com a Finalidade de Investigar a Situação da Violência contra a Mulher no Brasil. *Relatório Final*. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRAZÃO, Analba; OLIVEIRA, Guacira Cesar de (org.). *Violência contra as mulheres: uma história contada em décadas de lutas*. CFEMEA: Brasília, 2010.

BUENO, Samira; PEREIRA, Carolina; NEME, Cristina. A invisibilidade da violência sexual no Brasil. In: *FBSP – Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Ano 13. São Paulo: FBSP, 2019. p. 116-121.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Íaris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Cármen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 39-63.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA – CFEMEA. Apresentação. *Jornal Fêmea*, Brasília, v. 1, n. 00, p. 2, fev. 1992a.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA – CFEMEA. Atuação dos Parlamentares na Legislação sobre a Mulher. *Jornal Fêmea*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 1, maio 1992b.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA – CFEMEA. CPI quer modificar Código Penal. *Jornal Fêmea*, Brasília, v. 1, n. 4, p. 1, dez. 1992c.

CERQUEIRA, Daniel (coord.). *Atlas da Violência 2018*. Rio de Janeiro: Ipea/FBSP, 2018.

CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins; MARTINS, Ana Paula Antunes; JUNIOR, Jony Pinto. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha*. Texto para Discussão. Brasília: Ipea, mar. 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – CIDH/OEA. *Relatório n. 54/2001*. Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil. 4 abr. 2001. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 29 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER – CNDM. *Carta das Mulheres aos Constituintes de 1987*. Brasília: CNDM, 1987.

COSTA, Ana Alice Alcantara. O Movimento Feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. *Revista Gênero*, Niterói, v. 5, n. 2, p. 3-22, 2005.

COTES, Paloma. Defesa ilegítima. *Época*, Rio de Janeiro, n. 299, p. 30-31, 9 fev. 2004.

DATAFOLHA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. 2. ed. São Paulo: FBSP, 2019.

DINIZ, Simone Grilo. Violência contra a mulher: estratégias e respostas do Movimento Feminista no Brasil (1980-2005). In: DINIZ, Simone Grilo; SILVEIRA, Lenira Politano da; MIRIM, Liz Andréa Lima (org.). *Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher: alcances e limites*. São Paulo: Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, 2006. p. 15-44.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Ano 8. São Paulo: FBSP, 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Ano 13. São Paulo: FBSP, 2019.

FREIRE, Nilcéa. Apresentação. In: BRASIL. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: SPM, 2004.

G1; NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA – NEV-USP; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. Monitor da Violência: Femicídios no Brasil. *Especiais G1*, São Paulo, 7 mar. 2018. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/femicidios-no-brasil/>. Acesso em: 18 abr. 2019.

HUNGRIA, Néelson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981 (volume VIII: Arts. 197 a 249).

INDUSTRIAL que matou alemã deve apresentar-se hoje. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 334, p. 14, 12 mar. 1981.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS). Brasília: Ipea, 2014.

KISS, Ligia Bittencourt; SCHRAIBER, Lilia Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas. Possibilidades de uma rede intersetorial de atendimento a mulheres em situação de violência. *Interface – Comunicação, Saúde e Educação*, Botucatu, v. 11, n. 23, p. 485-501, set./dez. 2007.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria da Reforma do Judiciário, 2015.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; BANDEIRA, Ana Luiza Villela de Viana; MATSUDA, Fernanda Emy. Law, gender, and social movements in Latin America: moral negotiations and uneven victories in feminist legal mobilization. In: SIEDER, Rachel; ANSOLOBEHERE, Karina; ALFONSO, Tatiana (ed.). *Routledge handbook of law and society in Latin America*. New York City: Routledge, 2019. p. 358-375.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; MATSUDA, Fernanda Emy. Direito penal em debate: um copo meio cheio. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*, São Paulo, v. 23, n. 270, p. 5-6, maio 2015.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; RODRIGUEZ, José Rodrigo; PROL, Flavio Marques; SILVA, Gabriela Justino da; GANZAROLLI, Marina Zanata; ELIAS, Renata do Vale. Disputando a aplicação das leis: a constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos tribunais brasileiros. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 9, n. 16, p. 65-89, jun. 2012.

MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da campanha da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 26, n. 77, p. 97-111, out. 2011.

MAGRINI, Flávia Mello. *Conferências de políticas para as mulheres: potencialidades e limites participativos*. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), São Carlos, 2012.

MOLYNEUX, Maxine. Mobilization without emancipation? women’s interests, state, and revolution. In: FAGEN, Richard R.; DEERE, Cármen Diana; CORAGGIO, Jose Luis (ed.). *Transition and development: problems of Third World socialism*. New York: Monthly Review Press, 1986. p. 280-302.

NÚCLEO DE GÊNERO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (MPSP). *Raio X do feminicídio em São Paulo: é possível evitar a morte*. São Paulo: MPSP, 2018.

PASINATO, Wânia; SANTOS, Cecília MacDowell. *Mapeamento das Delegacias da Mulher no Brasil*. Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero Pagu, 2008.

PAULO FILHO, Pedro. O Caso Doca Street – Evandro Lins e Silva. In: PAULO FILHO, Pedro. *Grandes advogados, grandes julgamentos: no júri e noutros tribunais*. 4. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 249-254.

PEREIRA, Carolina; BUENO, Samira; BOHNENBERGER, Marina; SOBRAL, Isabela. Feminicídios no Brasil. In: *FBSP Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Ano 13. São Paulo: FBSP, 2019. p. 110-113.

PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Estupro: crime ou “cortesias”? Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. “Legítima defesa da honra”: ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina”. In: CORRÊA, Mariza; SOUZA, Érica Renata de. *Vida em família: uma perspectiva comparativa sobre “crimes de honra”*. Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero Pagu (Unicamp), 2006. p. 65-134.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; MESQUITA NETO, Paulo de. Programa Nacional de Direitos Humanos: avaliação do primeiro ano e perspectivas. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 117-134, 1997.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. reimp. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.

- SANTOS, Cecília MacDowell. *Women's Police Stations: Engendering Justice in São Paulo, Brazil*. New York City: Palgrave Macmillan, 2005.
- SANTOS, Cecília MacDowell. Da Delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil. *Oficina do Centro de Estudos Sociais (CES)*, Coimbra, n. 301, mar. 2008.
- SANTOS, Cecília MacDowell. Da Delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 89, p. 153-170, jun. 2010.
- SANTOS, Eurico; BRANDÃO, Paulo Henrique; AGUIAR, Marcos Magalhães. Um toque feminino: recepção e formas de tratamento das proposições sobre questões femininas no Parlamento brasileiro, 1826-2004. In: SENADO FEDERAL. *Proposições legislativas sobre questões femininas no parlamento brasileiro: 1826-2004*. Subsecretaria de Arquivo: Brasília, 2004. p. 15-93.
- SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES – SPM. *Diretrizes Nacionais para o Abrigamento de Mulheres em Situação de Risco e Violência*. SPM/PR: Brasília, 2011.
- TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. 1. reimp. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O corpo é o código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. São Paulo: InternetLab, 2016.
- ZAREMBA, Júlia. Câmara vê explosão de projetos para combater violência contra mulheres. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 7 jul. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/camara-ve-explosao-de-projetos-para-combater-violencia-contra-mulheres.shtml>. Acesso em: 8 ago. 2019.

CAPÍTULO 3

O FALAR E O ESCUTAR DOS DIREITOS LGBT: REPRESENTATIVIDADE E CORRELAÇÕES NO STF

Lívia Gonçalves Buzolin

INTRODUÇÃO

No dia 13 de fevereiro de 2019, o advogado subscritor do Mandado de Injunção (MI) n. 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, assumiu a tribuna do Supremo Tribunal Federal (STF) para sustentar oralmente as razões para julgamento de procedência dessas duas ações, na qualidade de patrono dos autores das ações constitucionais. O advogado foi sucedido na tribuna pelos advogados Thiago Gomes Viana, Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia, Ananda Hadah Rodrigues Puchta e Maria Eduarda Aguiar da Silva. Essa se tornaria a sessão do STF em que mais advogados LGBT¹ sustentaram oralmente as razões para procedência das demandas.

Por outro lado, também foi inédita a participação da Frente Parlamentar Mista da Família e de Apoio à Vida, também conhecida como Bancada Evangélica, por meio das sustentações orais realizadas pelos advogados Walter de Paula e Silva e Cícero Gomes Lage, que enfatizaram as razões para julgamento de improcedência do MI n. 4.733 e da ADO n. 26. Foi dessa maneira que teve início a primeira sessão de julgamento que terminaria, quatro meses depois, com a criminalização da homofobia e transfobia no Brasil.

Quase oito anos antes, em maio de 2011, acontecia outro julgamento emblemático no plenário do STF: o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, cujo resultado foi a equiparação da união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva.

Com exceção do advogado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, as pessoas que assumiram a tribuna do STF para sustentar oralmente as razões tanto para procedência como para improcedência do pedido eram completamente

¹ Sigla para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros.

diferentes das que participariam, anos depois, da sessão de julgamento da criminalização da homofobia e transfobia.

Nesse contexto, o presente artigo analisa as participações dos *amici curiae* sob duas perspectivas. Em um primeiro momento, são apresentados os efeitos diretos, ou seja, as correlações entre determinados argumentos apresentados pelos *amici curiae* e a fundamentação utilizada pelos Ministros do STF nos seus votos. E, em um segundo momento, faço uma comparação entre as entidades que participaram do processamento da ADI n. 4.277 e ADPF n. 132 (união homoafetiva) e da ADO n. 26 e MI n. 4.733 (criminalização da homofobia e transfobia) a fim de abordar os efeitos simbólicos da mudança de atores.

Portanto, compõem a análise do presente artigo os comportamentos dos ministros do STF e das entidades admitidas como *amici curiae* nos casos da união homoafetiva e da criminalização da homofobia e transfobia, considerando a relevância de sua atuação para compreensão das instituições brasileiras, sobretudo em casos de proteção de direitos de um grupo minoritário, a saber, as pessoas LGBT.

O artigo segue dividido em cinco seções: (i) o exercício do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil; (ii) o papel dos *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade; (iii) os efeitos diretos da participação dos amigos da corte e suas correlações com os resultados dos julgamentos; (iv) os efeitos simbólicos da mudança na participação dos *amici curiae* em ambos os casos; e (v) as derradeiras considerações.

1. O EXERCÍCIO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O exercício do controle de constitucionalidade é uma competência normativa do Poder Judiciário, prevista nos arts. 97 e 102 da Constituição Federal de 1988. O controle incidental difuso de constitucionalidade foi incorporado ao ordenamento brasileiro na Constituição Republicana de 1891 (MENDES; BRANCO, 2014, p. 956), inspirado na doutrina constitucional norte-americana moldada a partir da jurisprudência formada pela Suprema Corte estadunidense no caso “*Marbury v. Madison*”, decidido em 1803. Já o modelo de controle concentrado em abstrato foi inspirado nas Cortes Constitucionais europeias que começaram a ser implementadas após a Primeira Guerra Mundial, a

partir do protótipo austríaco idealizado em 1920, sendo introduzido em nosso ordenamento com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965.

No entanto, é recente a reflexão sobre o protagonismo que o Poder Judiciário – notadamente o seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal – vem exercendo ao reconhecer direitos de grupos minoritários por meio da realização do controle concentrado de constitucionalidade, especialmente considerando as mudanças trazidas pelo Estado de bem-estar social, que equiparou a responsabilidade do Judiciário à dos Poderes Legislativo e Executivo “pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social” (FERRAZ JR., 1994, p. 19).

Nesse contexto, os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 combinados ao acesso à justiça proporcionado por novas modalidades de ações constitucionais (como é o caso, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF) permitiram a entrada de temas de reconhecimento e justiça distributiva no Judiciário, ou seja, que “dizem respeito à participação de todos no respeito devido a cada membro da humanidade (direito à não-discriminação em razão de cor, religião, convicção política, sexo ou orientação sexual)” (LOPES, 1994, p. 27).

Como ao Judiciário não é permitida uma “não decisão”, esse Poder tem apresentado suas respostas, que, com certa frequência, são analisadas apenas a partir da identificação da existência de eventual prática de ativismo judicial ou não. Ou seja, há uma predominância pela compreensão do resultado do julgamento e da mensuração do seu grau de assertividade pensados pela lente de análise da relação entre Poderes – mais especificamente da relação entre os Poderes Judiciário e Legislativo e da aferição de uma suposta usurpação da competência legislativa.

No caso do reconhecimento da união homoafetiva, os trabalhos de Roger Raupp Rios (2011), Paulo Gilberto Cogo Leivas (2011), Maria Eugenia Bunchaft (2012), Adilson José Moreira (2012), Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2013), Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (2013), Glauco Salomão Leite (2013), Leonardo Martins (2014), Virgílio Afonso da Silva (2014), Antonio Moreira Maués (2015), Regina Vera Villa Bôas e Francis Ted Fernandes (2016) e Luiz Henrique Diniz Araújo (2018) são exemplos de estudos que endereçam a questão a partir da perspectiva da prática de ativismo judicial.

A título de esclarecimento, o resultado do julgamento da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132 foi no sentido de equiparar a união estável homoafetiva à união

heteroafetiva. Não obstante inexistisse dúvida sobre a competência normativa do STF para realizar o controle de constitucionalidade e de o resultado ter sido um consenso entre os Ministros do STF (votação unânime), houve divergência na fundamentação, uma vez que uma minoria dos Ministros entendeu que a Corte estava limitada pelo texto da Constituição Federal (CF) – que não elenca a família homoafetiva expressamente no rol do art. 226 da CF.

Nesse contexto, houve uma maioria de Ministros do STF que, sobretudo a partir da obra de Luiz Edson Fachin (2003), Maria Berenice Dias (1997, 2010) e Daniel Sarmento (2008), convergiu ao aplicar o conceito amplo de família como algo que pode ser depreendido da própria CF de 1988. Para os Ministros Ayres Britto (Relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa o enquadramento da união de pessoas do mesmo sexo nesse conceito não só permite conceder *status* jurídico à união estável homoafetiva como é a interpretação em conformidade à Constituição que deve ser conferida ao questionado art. 1.723 do CC. Por outro lado, tivemos três Ministros que entenderam que o rol de famílias previsto no art. 226 da CF de 1988 apresentou tipos de entidades familiares somente com fundamento no conceito restrito, de modo que o conceito amplo é novo, depreendido dos princípios constitucionais e somente nele é que a união homoafetiva pode ser enquadrada. O entendimento dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso se aproxima da movimentação feita pela doutrina na medida em que trabalhou com os dois conceitos atualmente vigentes, reconhecendo que se manteve o conceito anterior (restrito) em paralelo ao surgimento de um novo conceito de família (amplo). (BUZOLIN, 2019, p. 67)

Como o julgamento da criminalização da homofobia e transfobia é relativamente recente ao momento em que escrevo o presente artigo – o acórdão ainda não havia sido publicado quando finalizei essa pesquisa, tendo sido disponibilizado mais de um ano após o julgamento, a saber, em 6 de outubro de 2020 –, ainda não é possível encontrar estudos que trabalhem com a análise do caso e da prática de eventual ativismo judicial. Contudo, muito provavelmente, tais estudos já estão sendo elaborados.

O resultado do julgamento, nesse caso, foi o enquadramento jurídico das condutas homofóbicas e transfóbicas como expressões de racismo, devendo ser consideradas como os tipos penais previstos na Lei 7.716, de 1989, constituindo, também, circunstância que qualifica o crime de homicídio doloso, por configurar motivo torpe (art. 121 § 2º, I, Código Penal).

De todo modo, a introdução da reflexão sobre o exercício do controle de constitucionalidade e o resultado dos julgamentos tem o objetivo tão somente de situar a análise do presente artigo, que, por sua vez, é centrada no momento processual anterior ao resultado dos julgamentos nos quais o STF exerceu o controle concentrado de constitucionalidade, a saber, a participação dos *amici curiae* no curso da instrução processual.

2. QUAL É O PAPEL DOS *AMICI CURIAE* NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE?

A figura do *amicus curiae* tem por finalidade auxiliar o julgador com argumentos e esclarecimentos acerca da matéria debatida em sede de controle concentrado de constitucionalidade e foi legislativamente disciplinada no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.882/1999² e no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.882/1999,³ ainda que a admissão dos “amigos da corte” não tenha sido necessariamente inaugurada com referida legislação federal.

A participação dessas entidades tem sido cada vez mais frequente no processamento das ações constitucionais,⁴ de modo que a pesquisa de Eloísa Machado de Almeida (2019) identificou algumas capacidades

- 2 Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. [...] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.
- 3 Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.
- 4 De acordo com a pesquisa de Eloísa Machado de Almeida (2019), o crescimento da participação dos *amicus curiae* mais do que dobrou nos últimos anos, uma vez que “saltou de pouco mais de 13% no período de 1999 a 2005 e chega a 30% entre 2006 e 2014” (ALMEIDA, 2019, p. 680).

institucionais dessa participação no Supremo Tribunal Federal, ou seja, condições institucionais necessárias para que os *amici curiae* possam ser capazes de influenciar uma decisão judicial. São exemplos:

- i) as condições de acessibilidade aos *amici curiae*, que compreende as características prazo, custo e representação por advogado; ii) as condições de admissibilidade, onde são explorados os poderes do relator e os critérios de representatividade e relevância da matéria; iii) as condições de influenciar no processo, onde será abordada a possibilidade de peticionar, de sustentar oralmente e de recorrer. (ALMEIDA, 2019, p. 681)

As duas últimas capacidades institucionais são pertinentes para a análise que realizo no presente artigo, a saber, as condições de admissibilidade e as condições de influenciar o processo. Isso porque há um debate sobre o grau de permeabilidade da contribuição trazida pelos *amici curiae* nos votos elaborados por cada Ministro do Supremo Tribunal Federal que ainda não foi solucionado ou profundamente abordado na literatura, sobretudo de direito constitucional.

Assim, a análise que proponho parte do pressuposto de que a participação dos *amici curiae* no curso do processamento da ADPF n. 132 e ADI n. 4.277 (união homoafetiva) e da ADO n. 26 e MI n. 4.733 (criminalização da homofobia e transfobia) teve correlação com os respectivos resultados dos julgamentos – ainda que não possa ser diretamente apontada como sua causa, o que exigiria outra estratégia de investigação. Classifico essas correlações como efeitos diretos da participação das entidades admitidas como *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF, porque são efeitos palpáveis, ou seja, possíveis de serem identificados e mensurados.

Além disso, o julgamento de casos emblemáticos pelo STF também é capaz de produzir outros efeitos em adição às consequências diretas das medidas judiciais, que classifico como efeitos simbólicos. No caso dos direitos LGBT, são consequências adicionais à possibilidade de pessoas do mesmo gênero conviverem em união estável ou se casarem e à criminalização da homofobia e transfobia. Esses outros efeitos são mais amplos, podendo promover a visibilidade de um problema e garantir a participação a um grupo historicamente excluído, “aprofundando a deliberação democrática e reforçando os efeitos das intervenções judiciais” (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 38).

Também são considerados efeitos simbólicos das decisões judiciais a “definição e percepção do problema como violação de direitos e transformação da opinião pública a respeito da urgência e gravidade do problema” (FRAGALE FILHO, 2015, p. 532).

Dessa forma, considero que a representatividade de um julgamento, ou seja, quem são as pessoas que conseguem representar os *amici curiae* perante o Supremo Tribunal Federal – a instância mais alta do país e cujas sessões de julgamento são televisionadas⁵ –, também é um efeito simbólico desse julgamento. Por isso, apresento uma comparação entre as pessoas que realizaram as sustentações orais durante as sessões de julgamento do caso da união homoafetiva (realizada em maio de 2011) e do caso da criminalização da homofobia e transfobia (realizada em fevereiro de 2019), apontando que houve uma inédita participação da Bancada Evangélica e maior representatividade das pessoas LGBT no último caso.

No próximo item, portanto, analiso os efeitos diretos da participação dos *amici curiae* nos casos da ADPF n. 132 e ADI n. 4.277 e da ADO n. 26 e MI n. 4.733, por meio da apresentação das correlações encontradas entre os argumentos das entidades e os votos dos ministros. Na sequência, abordo, em item próprio, os efeitos simbólicos resultantes da participação de entidades favoráveis e contrárias ao julgamento de procedência dos pedidos de reconhecimento da união homoafetiva e de criminalização da homofobia e transfobia.

3. EFEITOS DIRETOS: PARTICIPAÇÃO DOS AMICI CURIAE E SUAS CORRELAÇÕES COM OS RESULTADOS DOS JULGAMENTOS

É possível encontrar correlações entre os argumentos apresentados por alguns dos *amici curiae* no curso do processamento dos casos da união homoafetiva e a fundamentação utilizada pelos ministros do STF em seus votos, bem como entre os argumentos ventilados pelos *amici curiae* no caso da criminalização da homofobia e transfobia e a tese jurídica que foi resultado do julgamento.

⁵ As sessões do STF são transmitidas pela TV Justiça, “um canal de televisão público de caráter institucional administrado pelo Supremo Tribunal Federal e tem como propósito ser um espaço de comunicação e aproximação entre os cidadãos e o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia”. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=noticiaNoticiaTvJustica>. Acesso em: 10 dez. 2019.

Em ambos os casos, não foram apenas os argumentos das entidades que se posicionaram favoravelmente à procedência que foram incorporados ou refletidos pelos ministros, mas também os fundamentos apresentados por entidades que trouxeram subsídios contrários aos resultados dos julgamentos. São referidas correlações que exploro no presente item.

Nos autos da ADPF n. 132 foram admitidas 14 (quatorze) entidades como *amici curiae*: Conectas Direitos Humanos, Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais (EDH); Grupo Gay da Bahia (GGB); Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS); Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI da UFMG); Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais; Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual; Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais; Grupo Arco-íris de Conscientização Homossexual (GAI); Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais; Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP); Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo (AIESP); Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); e Associação Eduardo Banks.

Já na ADI n. 4.277 foram admitidas como *amici curiae* apenas 6 das 14 entidades que já haviam sido incluídas na ADPF n. 132: Conectas Direitos Humanos; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais; Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo (AIESP); Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); e Associação Eduardo Banks.

Portanto, das 14 organizações admitidas como *amici curiae* no caso da união homoafetiva, 12 delas apresentaram contribuição para que as ações fossem julgadas procedentes⁶ e duas organizações se posicionaram pelo julgamento de improcedência das demandas.⁷

6 (1) Conectas Direitos Humanos; (2) Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais (EDH); (3) Grupo Gay da Bahia (GGB); (4) Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS); (5) Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI da UFMG); (6) Centro de Referência de

Já no caso da criminalização da homofobia e transfobia, houve a admissão, nos autos da ADO n. 26, de 11 entidades como *amici curiae*: Grupo Gay da Bahia (GGB); Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT); Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual (GADVS); Grupo Dignidade de Gays, Lésbicas e Transgêneros (Grupo Dignidade); Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA); Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU); Conselho Federal da Psicologia; Defensoria Pública do Distrito Federal; Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE); Frente Parlamentar “Mista” da Família de Apoio à Vida (Bancada Evangélica); e Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM). A Associação Eduardo Banks – que foi admitida no caso da união homoafetiva e apresentou parecer contrário – teve o pedido de admissão como *amicus curiae* rejeitado sob o fundamento de que não detinha a representatividade adequada.

Durante o processamento do MI n. 4.733 foram admitidas três entidades como *amici curiae*: Grupo Dignidade de Gays, Lésbicas e Transgêneros (Grupo Dignidade); Conselho Federal de Psicologia; e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), sendo relevante destacar que a Impetrante do Mandado de Injunção foi a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT).

Assim, do total de 12 entidades que participaram do processamento e julgamento da ADO n. 26 e do MI n. 4.733, três delas apresentaram argumentos para julgamento de improcedência dos pedidos (ANAJURE, COBIM e Bancada Evangélica), sendo que a maioria se posicionou favoravelmente ao julgamento de procedência e, conseqüentemente, à criminalização da homofobia e transfobia.

O posicionamento das entidades admitidas como *amici curiae* nos casos da união homoafetiva e da criminalização da homofobia e transfobia foi sintetizado na tabela a seguir:

Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais; (7) Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual, Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais; (8) Grupo Arco-íris de Conscientização Homossexual (GAI); (9) Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais; (10) Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); e (11) Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP); (12) Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo (AIESP).

7 (1) Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); e (2) Associação Eduardo Banks.

QUADRO 1 – POSICIONAMENTO DAS ENTIDADES ADMITIDAS COMO *AMICI CURIAE* POR CASO

NÚMERO TOTAL DE ENTIDADES	POSICIONAMENTO	POSICIONAMENTO	TOTAL
	FAVORÁVEL À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO	CONTRÁRIO À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO	
CASO DA UNIÃO HOMOAFETIVA	12 (85,7%)	2 (14,3%)	14 (100%)
CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA	9 (75%)	3 (25%)	12 (100%)

Fonte: Elaborado pela autora.

Feita essa categorização, passo a apresentar as correlações encontradas, abordando, em primeiro lugar, as relações diretas entre as manifestações das entidades favoráveis e os votos de alguns ministros no caso da união homoafetiva e, depois, apresento as correlações com as manifestações de entidades contrárias encontradas nos dois casos.

A Associação de Incentivo à Educação e Saúde (AIESP) apresentou os pareceres elaborados pelos professores Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento, que foram utilizados na fundamentação dos votos dos ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Celso de Mello. Outra contribuição foi a manifestação do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), representado por seu presidente, Rodrigo da Cunha Pereira, e sua vice-presidente, Maria Berenice Dias, que sustentou oralmente as razões para procedência da ação durante a sessão de julgamento.

A correlação entre essas manifestações é encontrada na citação da doutrina de Maria Berenice Dias (1997), Luiz Edson Fachin (2003) e Daniel Sarmento (2008) nos votos de parte dos ministros do STF com a finalidade de categorizar um conceito amplo de família, a saber, aquele fundamentado no afeto (e não restrito à heteroafetividade e à monogamia).⁸ Também foi distintiva a adoção do termo “homoafetividade” por parte dos ministros, pois a expressão se tornou popular a partir da doutrina de Maria Berenice Dias (1997), segundo a qual é preferível utilizar a expressão *homoafetiva* ou *heteroafetiva* em vez de *relações homossexuais* e *heterossexuais*, com a finalidade de diferenciar o exercício da sexualidade dos vínculos afetivos aptos a constituir família (BUZOLIN, 2019, p. 58).

⁸ A doutrina sobre o conceito de família citada pelos Ministros do STF no caso da união homoafetiva se encontra no Anexo 1.

A manifestação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) trouxe um panorama sobre a inércia do Poder Legislativo no reconhecimento dos direitos das pessoas LGBT, listando 27 projetos de lei que debateram direitos das pessoas homoafetivas no Congresso Nacional e que nunca foram aprovados a fim de demonstrar “a falta de interesse de deputados e senadores em aprovar proposições legislativas polêmicas, que não encontram amplo respaldo social ou mesmo entre os próprios congressistas”.

Essa questão foi objeto de enfrentamento pelos ministros do STF que já anteviam o debate sobre usurpação da competência do Poder Legislativo para normatizar a matéria. O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, destacou um tópico próprio do seu voto para tratar da “controvérsia política e a ausência de uma deliberação consensual do Congresso”, no qual elencou o histórico de projetos de lei que tramitaram perante o Poder Legislativo para demonstrar que, “apesar de o Poder Legislativo debruçar-se sobre o tema há mais de 15 anos, até hoje não conseguiu chegar ao consenso básico para aprovação de qualquer regulamentação”.

Assim, no tocante às entidades que apresentaram argumentos favoráveis ao julgamento de procedência do pedido de equiparação das uniões homoafetivas às heteroafetivas, foram encontradas correlações entre os pareceres doutrinários apresentados e o argumento da omissão legislativa do Congresso Nacional sobre o tema apresentados pelas entidades com os argumentos utilizados pelos Ministros do STF, especificamente os ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Com relação às manifestações das organizações que apresentaram subsídios para a improcedência dos pedidos, houve a contribuição da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) no caso da união homoafetiva, que discorreu sobre o fato de a Constituição Federal definir o vínculo familiar na união conjugal da mulher e do homem, de modo que o Código Civil somente teria reproduzido essa disposição. Esse argumento foi enfrentado e acolhido em parte por uma minoria dos ministros do STF, uma vez que, conforme abordei acima, três ministros entenderam que o rol do art. 226 da CF elencou entidades familiares existentes a partir da união do homem e da mulher.

Já no caso da criminalização da homofobia e transfobia, foi possível encontrar uma correlação entre as manifestações da Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida e da Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (Cobim) – especificamente sobre o tema da liberdade religiosa –, uma vez que tal tema não foi abordado na petição

inicial da ADO n. 26,⁹ mas foi incorporado à tese jurídica sedimentada no julgamento da seguinte maneira:

A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Portanto, foram encontradas correlações tanto entre os argumentos de entidades favoráveis como de *amici curiae* contrários aos pedidos formulados em ambos os casos envolvendo direitos das pessoas LGBT. No caso de entidades favoráveis, houve a incorporação da doutrina citada sobre direito civil e constitucional, bem como a abordagem da questão da omissão legislativa no caso da união homoafetiva, ao passo que as entidades contrárias contribuíram para ventilar o conceito de família formado a partir do homem e da mulher no caso da união homoafetiva, e a questão da liberdade religiosa no caso da criminalização da homofobia e transfobia.

Essas correlações permitem concluir que houve uma relação mensurável entre a participação dos *amici curiae* e o resultado dos julgamentos nos casos da união homoafetiva e da criminalização da homofobia e transfobia, ou seja, foram identificados efeitos diretos da participação dos amigos da corte – ainda que não seja seguro afirmar que os argumentos são a causa dos resultados.

⁹ A íntegra da petição inicial pode ser consultada em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 22 jan. 2020.

4. EFEITOS SIMBÓLICOS: O QUE MUDOU NA PARTICIPAÇÃO DOS *AMICI CURIAE* QUE CONTRIBUÍRAM EM CASOS DE DIREITOS LGBT?

Neste item será realizada uma comparação entre as figuras dos *amici curiae* nos dois casos, com a finalidade de analisar os efeitos simbólicos gerados por essa mudança, subdivididos pelo tipo de posicionamento adotado: começando pelos contrários e, depois, abordando os favoráveis ao julgamento de procedência dos pedidos, já que houve mudanças nos atores que participaram do julgamento da união homoafetiva (ADPF n. 132 e ADI n. 4.277) e aqueles que participaram da criminalização da homofobia e transfobia (ADO n. 26 e MI n. 4.733).

Com relação às entidades contrárias, no processamento da união homoafetiva, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Associação Eduardo Banks trouxeram argumentos contrários ao julgamento de procedência dos pedidos, ao passo que, no caso da criminalização da homofobia e transfobia, as manifestações com subsídios pela improcedência foram apresentadas pela Anajure, Cobim e Bancada Evangélica. A ausência de pedido de admissão da CNBB como *amicus curiae* e o indeferimento da participação da Associação Eduardo Banks no processamento da ADO n. 26 e MI n. 4.733 (criminalização da homofobia e transfobia) são dados relevantes da mudança nos atores que representam interesses contrários a demandas constitucionais que versam sobre direitos das pessoas LGBT.

A CNBB é uma instituição que existe há mais de 60 anos no Brasil e “congrega os Bispos da Igreja católica no país”.¹⁰ Teve uma relevante atuação na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, sendo capaz de aprovar pautas na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, especialmente relacionadas a questões morais que foram tradicionalmente defendidas pela Igreja Católica.

Conhecer as regras congressuais e saber jogá-las foram trunfos dos agentes católicos. Aproveitaram-se da moralidade cristã, cuja legitimidade reivindicaram, para obter significativo proveito simbólico – utilizando

10 Fonte: <https://www.cnbb.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 6 dez. 2019.

expressão bastante *bourdieusiana*. Mesmo com parlamentares evangélicos ocupando boa parte das cadeiras de titularidade (poder de voz e voto), o jogo permaneceu nos mesmos parâmetros desempenhados pela CNBB noutros momentos políticos. Para valer suas ideias nos assuntos morais, não precisaram mobilizar deputados ou senadores declaradamente fiéis. Apresentaram-se como chave de legitimidade, imprescindíveis aos discursos veiculados pelos políticos: permitiram o acesso aos debates sobre família, filhos, etc. (WOHNRATH, 2017, p. 260)

A CNBB fez uso desse capital religioso e moral no julgamento da união homoafetiva, tendo apresentado argumentos sobre a natureza do vínculo familiar que provém da união conjugal entre a mulher e o homem, conforme expus no item acima. No entanto, a entidade não formulou o requerimento para ingresso como *amicus curiae* no caso da criminalização da homofobia e transfobia. Neste julgamento, houve a substituição da entidade católica – enquanto expositora de argumentos contrários ao julgamento de procedência – por entidades ligadas à religião evangélica, a saber, Anajure, Cobim e Bancada Evangélica.

A Frente Parlamentar “Mista” da Família de Apoio à Vida (Bancada Evangélica) também esteve presente durante a Constituinte de 1987-1988, entretanto sua atuação fora das esferas legislativa e executiva era tímida se comparada com outras entidades vinculadas a religiões – a Anajure, por exemplo, atua em oito ações constitucionais perante o STF.¹¹

Os evangélicos ascenderam demograficamente e produziram seus canais políticos no Legislativo e no Executivo, mas em menor incidência no Judiciário. Eles têm demonstrado forte capacidade de indução do voto, mais do que qualquer outra religião no país. [...] Assim, a via eleitoral permitiu acesso às elites políticas de religiosos com menos capitais econômico, cultural e social do que o necessário para a mobilidade no Poder Judiciário, cujo perfil é predominantemente elitizado, tradicional e católico. (ALMEIDA, 2017)

11 Fonte: <http://portal.stf.jus.br/processos/listarPartes.asp?termo=ASSOCIA%C3%87%C3%83O%20NACIONAL%20DE%20JURISTAS%20EVANG%C3%89LICOS>. Acesso em: 9 dez. 2019.

Nesse contexto, é inédito¹² e notável o ingresso da Bancada Evangélica no Poder Judiciário, participando ativamente em um litígio estratégico, o que significa que “o caso a ser trabalhado no sistema de justiça terá a capacidade de oferecer respostas para além daquelas esperadas em um litígio comum” (ALMEIDA, 2019, p. 680). Nesse caso, a manifestação apresentada pela Bancada Evangélica foi além dos argumentos sobre a necessidade de julgamento de improcedência dos pedidos, sendo igualmente marcada pela presença de fundamentação vinculada a interesses dos próprios parlamentares, abordando a imunidade parlamentar e sua liberdade de expressão.

Assim, enquanto os argumentos trazidos pela CNBB no caso da união homoafetiva foram centrados em uma ideia de moralidade familiar a ser seguida por todos os brasileiros (interesse amplo), a manifestação da Bancada Evangélica foi mais focada na proteção à liberdade dos parlamentares evangélicos de emitir “discurso livre e respeitoso, assentado na heterossexualidade” (interesse restrito). E, ainda que não seja possível comparar qual tipo de argumentação teve maior permeabilidade nos votos dos Ministros do STF,¹³ o fato é que os resultados de ambos os julgamentos foram em sentido contrário à argumentação apresentada por esses *amici curiae*.

Esse dado demonstra que – assim como na esfera política, notadamente no Poder Legislativo federal¹⁴ – as entidades religiosas também conseguem ventilar seus argumentos no STF, mas sem obter o resultado almejado,

12 A busca pelo nome da Frente Parlamentar “Mista” da Família de Apoio à Vida no site do Supremo Tribunal Federal apresentou como único resultado sua participação na ADO 26. Fonte: <http://portal.stf.jus.br/processos/listarPartes.asp?termo=Frente%20Parlamentar%20%E2%80%9CMista%E2%80%9D%20da%20Fam%C3%ADlia%20de%20Apoio%20%C3%A0%20Vida>. Acesso em: 9 dez. 2019.

13 Entendo que, em tese, pode haver a permeabilidade de argumentos contrários ao resultado do julgamento das ações constitucionais, pois, mesmo em caso de resultado por votação unânime, há pontos de divergência interna na fundamentação dos ministros.

14 Apesar de contar com a adesão de um considerável volume de parlamentares no Congresso Nacional, a Bancada Evangélica ainda não se mostrou capaz de converter suas pautas em normas jurídicas. Especificamente sobre a questão da família homoafetiva e as Frentes Parlamentares, “há uma representação tanto dos interesses do movimento LGBT como do movimento evangélico dentro do Congresso Nacional que tem gerado um tipo de tensão paralisante, ou seja, indício da impossibilidade de aprovação de projetos de lei contrários ou favoráveis à família homoafetiva” (BUZOLIN, 2019, p. 122).

uma vez que não houve o acolhimento da pauta central proposta por tais entidades religiosas, a saber, a impossibilidade de afirmação de direitos das pessoas LGBT. Não obstante, o inédito ingresso da Bancada Evangélica no caso da ADO n. 26 tem o efeito simbólico de demonstrar uma ampliação na atuação de parlamentares evangélicos para além do Congresso Nacional, revelando o reconhecimento do Poder Judiciário como uma arena capaz de influenciar a opinião pública acerca do tema.

Por outro lado, analisando os casos sob a perspectiva dos *amici curiae* que trouxeram argumentos favoráveis ao julgamento de procedência dos pedidos, ou seja, favoráveis à união homoafetiva e à criminalização da homofobia e transfobia, um dado relevante a ser ressaltado é a maior presença de pessoas LGBT que realizaram a sustentação oral na tribuna do STF. No caso da união homoafetiva, apenas o advogado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti realizou a sustentação oral pelas entidades favoráveis ao julgamento de procedência. A maioria das sustentações orais foi realizada por nomes reconhecidos da doutrina de direito constitucional, tais como Luís Roberto Barroso (que viria a ser nomeado ministro do STF anos depois) e Oscar Vilhena Vieira e, da doutrina de direito civil e de família, como Maria Berenice Dias.¹⁵

Já o caso da criminalização da homofobia e transfobia contou com a sustentação oral dos advogados LGBT Thiago Gomes Viana, Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia, Ananda Hadah Rodrigues Puchta e Maria Eduarda Aguiar da Silva representando os *amici curiae* favoráveis ao julgamento de procedência, além do advogado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, que realizou a sustentação oral pelos autores das ações constitucionais.

Entendo que essa mudança de advogados doutrinadores por advogados LGBT é significativa pelo fato de demonstrar maior representatividade¹⁶

15 Fonte: decisão de julgamento de 04.05.2011, disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 10 dez. 2019.

16 Optei por utilizar o conceito de representatividade ao invés do exercício do lugar de fala das pessoas LGBT, pois, conforme ensina Djamila Ribeiro (2017), “um dos equívocos mais recorrentes que vemos acontecer é a confusão entre lugar de fala e representatividade. [...] Assim, entendemos que todas as pessoas possuem lugares de fala, pois estamos falando de localização social. E, a partir disso, é possível debater e refletir criticamente sobre os mais variados temas presentes na sociedade. O funda-

em um julgamento em que justamente se discutem direitos das pessoas LGBT, ou seja, foi configurado um dos efeitos amplos e simbólicos dos julgamentos sobre direitos sociais pelas Cortes, visto como positivo por César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco (2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício efetivo do controle de constitucionalidade no Brasil tem sido cada vez mais analisado a partir do resultado do julgamento das ações constitucionais e sob a ótica de eventual prática de ativismo judicial, especialmente quando são estudados os casos que envolvem direitos de minorias sociais. Diferentemente dessa tendência, o objetivo do presente artigo foi apresentar uma visão um pouco distinta desses estudos, concentrando o foco no momento imediatamente anterior ao julgamento, a saber, nas manifestações apresentadas pelos *amici curiae* no processamento das ações e nas pessoas que realizaram as sustentações orais.

Essa análise teve como finalidade averiguar os efeitos diretos e simbólicos da participação dos *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, sendo efeitos diretos as correlações entre a argumentação das entidades e os argumentos utilizados pelos Ministros para justificar os respectivos resultados dos julgamentos. Já os efeitos simbólicos foram categorizados como consequências adicionais à possibilidade de pessoas do mesmo gênero conviverem em união estável ou se casarem e à criminalização da homofobia e transfobia, ou seja, efeitos mais amplos, como a possibilidade de aumentar a visibilidade de um problema e garantir a participação a um grupo historicamente excluído.

Os casos escolhidos foram o da união homoafetiva (ADPF n. 132 e ADI n. 4.277, julgadas em maio de 2011) e o da criminalização da homofobia e transfobia (ADO n. 26 e MI n. 4.733, julgadas no período de fevereiro

mental é que os indivíduos pertencentes ao grupo social privilegiado em termos de *locus* social consigam enxergar as hierarquias produzidas a partir desse lugar e como esse lugar impacta diretamente na constituição dos lugares de grupos subalternizados” (RIBEIRO, 2017, p. 47-48).

a junho de 2019), por versarem sobre a proteção de direitos das pessoas LGBT. Com relação à união homoafetiva, foi possível encontrar correlações entre os argumentos apresentados por entidades favoráveis ao julgamento de procedência da demanda, por exemplo, a AIESP, o IBDFAM e a SBDP e a abordagem da doutrina de autores como Maria Berenice Dias (1997), Luiz Edson Fachin (2003) e Daniel Sarmento (2008) em determinados votos dos ministros, bem como a questão da inércia do Poder Legislativo sobre o tema.

Também os argumentos trazidos por entidades contrárias ao reconhecimento da união homoafetiva foram, de certa maneira, ventilados em alguns votos dos ministros do STF. A correlação, nesse caso, foi localizada entre a argumentação da CNBB no sentido de que a família é formada a partir do vínculo conjugal entre o homem e a mulher e a divergência minoritária dos Ministros do STF que entendeu que esse conceito de família é o que pode ser compreendido do art. 226 da CF, sendo que a família homoafetiva é juridicamente possível a partir de uma compreensão dos princípios constitucionais.

No caso da criminalização da homofobia e transfobia, identifiquei uma correlação entre a questão da liberdade religiosa que foi ventilada pela Bancada Evangélica e pela Cobim e a tese jurídica sedimentada no julgamento sobre a garantia do direito de pregar e divulgar o pensamento e convicções, desde que tais manifestações não incitem a discriminação, hostilidade ou violência contra pessoas em virtude de sua orientação sexual ou de identidade de gênero.

Ainda, a comparação entre as entidades que participaram como *amici curiae* em ambos os casos mostrou que, não obstante a argumentação contrária à procedência de pedidos envolvendo a proteção de direitos das pessoas LGBT tenha permanecido sob a responsabilidade de entidades religiosas, houve uma mudança no sentido de a CNBB ter participado do caso da união homoafetiva com argumentos sobre a moral universal da família cristã, ao passo que, no caso da criminalização da homofobia e transfobia, coube à Bancada Evangélica se posicionar por meio de fundamentação de interesse mais restrito aos parlamentares evangélicos, relacionando-a à liberdade religiosa e à imunidade parlamentar.

Por fim, com relação às entidades favoráveis ao julgamento de procedência das ações constitucionais, identifiquei maior representatividade nas pessoas que realizaram as sustentações orais do caso da criminalização da homofobia e transfobia, uma vez que esse se tornou o julgamento em que, historicamente, mais pessoas LGBT arguíram sobre seus direitos em sessões televisionadas do STF, sendo notável o valor simbólico dessa participação.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Eloísa Machado de. Capacidades institucionais dos *amici curiae* no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 678-707, 2019.
- ALMEIDA, Ronaldo de. A onda quebrada: evangélicos e conservadorismo. *Cadernos Pagu*, 2017.
- ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e o constrangimento *a posteriori*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, p. 129-150, jan./abr. 2018.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI n. 4.277: constitucionalidade e relevância da decisão sobre a união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista de Direito GV*, São Paulo, p. 65-92, jan./jun. 2013.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Perda parcial do objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF n. 132-RJ pela ADI n. 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Governador do Estado do Rio de Janeiro e Procurador Geral do Estado. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão, 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito de Família. Casamento Civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente aceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4277/DF. Recurso especial n. 1.183.378-RS. K R O, L P e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Julgada procedente em parte. Partido Popular Socialista e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento, 2019.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. A temática das uniões homoafetivas no Supremo Tribunal Federal à luz do debate Honneth-Fraser. *Revista de Direito GV*, São Paulo, p. 133-153, jan./jun. 2012.
- BUZOLIN, Livia Gonçalves. *Direito homoafetivo: criação e discussão nos poderes judiciário e legislativo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. I Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pela OAB/MG com apoio do IBDFAM. *Anais [...]*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, n. 21, p. 12-21, 1994.

- FRAGALE FILHO, Roberto. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: a ADPF 54 como estudo de caso. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 504-535, 2015.
- GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- LEITE, Glauco Salomão. Jurisdição constitucional, ativismo judicial e minorias: o Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44-58.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Análise argumentativa dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento que estendeu o regime jurídico da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Sérgio; LEIVAS, Paulo Gilberto Logo (org.). *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 114-124.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, n. 21, p. 22-33, 1994.
- MARTINS, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. *Revista Direito UNB*, v. 1, n. 1, p. 245-279, jan./jun. 2014.
- MAUÉS, Antonio Moreira. Capítulos de uma história: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade. *Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 135-162, jun. 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MOREIRA, Adilson José. *União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. Curitiba: Juruá, 2012.
- RIBEIRO, Djamilia. *O que é: lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento Justificando, 2017.
- RIOS, Roger Raupp. Direitos sexuais, uniões homossexuais e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Sérgio; LEIVAS, Paulo Gilberto Logo (org.). *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 69-113.
- SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. La unión entre personas del mismo género: ¿cuán importantes son los textos y las instituciones? *Discusiones: Contratos: Entre el Derecho y la Justicia*. Sección 2, n. 15, p. 171-203, 2014.
- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Igualdade, dignidade, proteção à família e união homoafetiva: o STF sem saída? In: TOLEDO, Claudia. *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 201-237.
- VILLAS BÔAS, Regina Vera; FERNANDES, Francis Ted. Prática de ativismo judicial ou diálogos contemporâneos entre áreas do conhecimento? Efetividade dos direitos fundamentais, concretizando a justiça. *Revista de Direito Privado da Revista dos Tribunais online*, v. 65/2016, jan./mar. 2016.
- WOHNRATH, Vinicius Parolin. Duas dinâmicas, dois resultados: a Igreja Católica na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. *Pro-Posições*, Campinas, p. 242-270, 2017.

ANEXO 1 – DOCTRINA MENCIONADA PELOS MINISTROS DO STF ACERCA DO CONCEITO DE FAMÍLIA NAS ESFERAS DO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL

MINISTRO	OBRA	TRECHO DE REFERÊNCIA NO VOTO
CELSO DE MELLO	LUIZ EDSON FACHIN, <i>DIREITO DE FAMÍLIA – ELEMENTOS CRÍTICOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO</i> , 2003, P. 119/127.	“ESSA VISÃO DO TEMA, QUE TEM A VIRTUDE DE SUPERAR, NESTE INÍCIO DA SEGUNDA DÉCADA DO TERCEIRO MILÊNIO, INCOMPREENSÍVEIS RESISTÊNCIAS SOCIAIS E INSTITUCIONAIS FUNDADAS EM INADMISSÍVEIS FÓRMULAS PRECONCEITUOSAS, VEM SENDO EXTERNADA, COMO ANTERIORMENTE ENFATIZADO, POR EMINENTES AUTORES, CUJA ANÁLISE DE TÃO SIGNIFICATIVAS QUESTÕES TEM COLOCADO EM EVIDÊNCIA, COM ABSOLUTA CORREÇÃO, A NECESSIDADE DE SE ATRIBUIR VERDADEIRO ESTATUTO DE CIDADANIA ÀS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS” (FACHIN, 2003, P. 119-127, ITEM N. 4).
CELSO DE MELLO	ROGER RAUPP RIOS, “A HOMOSSEXUALIDADE NO DIREITO”.	NÃO HOUE CITAÇÃO DIRETA.
CELSO DE MELLO	ANA CARLA HARMATIUK MATOS, “UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS”.	NÃO HOUE CITAÇÃO DIRETA.
CELSO DE MELLO	VIVIANE GIRARDI, “FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS, FILIAÇÃO E AFETO: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS”.	NÃO HOUE CITAÇÃO DIRETA.
CELSO DE MELLO	TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, “UNIÕES HOMOSSEXUAIS: EFEITOS JURÍDICOS”.	NÃO HOUE CITAÇÃO DIRETA.
CELSO DE MELLO	MARIA BERENICE DIAS, “UNIÃO HOMOSSEXUAL: O PRECONCEITO E A JUSTIÇA” E “A HOMOAFETIVIDADE COMO DIREITO”.	“O DIREITO DAS FAMÍLIAS, AO RECEBER O INFLUXO DO DIREITO CONSTITUCIONAL, FOI ALVO DE UMA PROFUNDA TRANSFORMAÇÃO. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE OCASIONOU UMA VERDADEIRA REVOLUÇÃO AO BANIR AS DISCRIMINAÇÕES QUE EXISTIAM NO CAMPO DAS RELAÇÕES FAMILIARES. NUM ÚNICO DISPOSITIVO, O CONSTITUINTE ESPANCOU SÉCULOS DE HIPOCRISIA E PRECONCEITO. ALÉM DE ALARGAR O CONCEITO DE FAMÍLIA PARA ALÉM DO CASAMENTO, FOI DERROGADA TODA A LEGISLAÇÃO QUE HIERARQUIZAVA HOMENS E MULHERES, BEM COMO A QUE ESTABELECEIA DIFERENCIAÇÕES ENTRE OS FILHOS PELO VÍNCULO EXISTENTE ENTRE OS PAIS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AO OUTORGAR A PROTEÇÃO À FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO, VINCOU UM NOVO CONCEITO, O DE ENTIDADE FAMILIAR, ALBERGANDO VÍNCULOS AFETIVOS OUTROS.”

(continua)

MINISTRO	OBRA	TRECHO DE REFERÊNCIA NO VOTO
CELSO DE MELLO	DANIEL SARMENTO, "CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS".	"ENFIM, SE A NOTA ESSENCIAL DAS ENTIDADES FAMILIARES NO NOVO PARADIGMA INTRODUZIDO PELA CONSTITUIÇÃO DE 88 É A VALORIZAÇÃO DO AFETO, NÃO HÁ RAZÃO ALGUMA PARA EXCLUSÃO DAS PARCERIAS HOMOSSEXUAIS, QUE PODEM CARACTERIZAR-SE PELA MESMA COMUNHÃO E PROFUNDIDADE DE SENTIMENTOS PRESENTES NO CASAMENTO OU NA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DE SEXOS OPOSTOS, NÃO EXISTINDO, PORTANTO, QUALQUER JUSTIFICATIVA LEGÍTIMA PARA A DISCRIMINAÇÃO PRATICADA CONTRA OS HOMOSSEXUAIS".
CELSO DE MELLO	RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "AFETO, ÉTICA, FAMÍLIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO" E "PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA".	"CABE REFERIR, POR NECESSÁRIO, QUE ESSE ENTENDIMENTO – NO SENTIDO DE QUE O AFETO REPRESENTA UM DOS FUNDAMENTOS MAIS SIGNIFICATIVOS DA FAMÍLIA MODERNA, QUALIFICANDO-SE, PARA ALÉM DE SUA DIMENSÃO ÉTICA, COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE PERFIL CONSTITUCIONAL – TEM O BENEPLÁCITO DE EXPRESSIVO MAGISTÉRIO DOUTRINÁRIO".
CELSO DE MELLO	MOACIR CÉSAR PENA JÚNIOR, "DIREITO DAS PESSOAS E DAS FAMÍLIAS: DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA".	NÃO HOUVE CITAÇÃO DIRETA, FOI CITADO NO MESMO CONTEXTO ACIMA.
CELSO DE MELLO	PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, "MANUAL DA HOMOAFETIVIDADE".	"[...] MUDOU-SE O PARADIGMA DA FAMÍLIA: DE UMA ENTIDADE FECHADA DENTRO DE SI, VÁLIDA POR SI MESMA, PASSOU A EXISTIR SOMENTE EM FUNÇÃO DO AMOR ENTRE OS CÔNJUGES/COMPANHEIROS, TENDO EM VISTA QUE A SOCIEDADE PASSOU A DAR MAIS RELEVÂNCIA À FELICIDADE, PORTANTO À AFETIVIDADE AMOROSA, DO QUE À MERA FORMALIDADE DO CASAMENTO CIVIL OU A QUALQUER OUTRA FORMA PRECONCEBIDA DE FAMÍLIA".
MARCO AURÉLIO	ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO ("UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO", <i>DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES</i> , 2008, P. 17).	ALÉM DISSO, O ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 APENAS REPETIRIA A REDAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL, SEM FAZER REFERÊNCIA À UNIÃO HOMOAFETIVA, A REVELAR A DUPLA OMISSÃO, O QUE AFASTARIA DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA NORMA A UNIÃO DE PESSOAS DE SEXO IGUAL. ESSA É A OPINIÃO QUE PODE SER PINÇADA DAS DECISÕES JUDICIAIS ANEXADAS AO PROCESSO, COMPARTILHADA POR ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO ("UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO", <i>DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES</i> , 2008, P. 17).

(continua)

MINISTRO	OBRA	TRECHO DE REFERÊNCIA NO VOTO
MARCO AURÉLIO	MARIA BERENICE DIAS (<i>MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS</i> , 2010, P. 28).	<p>A UNIÃO DE PESSOAS COM O FIM DE PROCRIAÇÃO, AUXÍLIO MÚTUO E COMPARTILHAMENTO DE DESTINO É UM FATO DA NATUREZA, ENCONTRA-SE MESMO EM OUTRAS ESPÉCIES. A FAMÍLIA, POR OUTRO LADO, É UMA CONSTRUÇÃO CULTURAL. COMO ESCLARECE MARIA BERENICE DIAS (<i>MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS</i>, 2010, P. 28), NO PASSADO, AS FAMÍLIAS FORMAVAM-SE PARA FINS EXCLUSIVOS DE PROCRIAÇÃO, CONSIDERADA A NECESSIDADE DO MAIOR NÚMERO POSSÍVEL DE PESSOAS PARA TRABALHAR EM CAMPOS RURAIS. QUANTO MAIS MEMBROS, MAIOR A FORÇA DE TRABALHO, MAIS RIQUEZA SERIA POSSÍVEL EXTRAIR DA TERRA. OS COMPONENTES DA FAMÍLIA ORGANIZAVAM-SE HIERARQUICAMENTE EM TORNO DA FIGURA DO PAI, QUE OSTENTAVA A CHEFIA DA ENTIDADE FAMILIAR, CABENDO AOS FILHOS E À MULHER POSIÇÃO DE SUBSERVIÊNCIA E OBEDIÊNCIA. ESSE MODELO PATRIARCAL, FUNDADO NA HIERARQUIA E NO PATRIMÔNIO ORIUNDO DE TEMPOS IMEMORIAIS, SOFREU PROFUNDAS MUDANÇAS AO TEMPO DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL, QUANDO AS INDÚSTRIAS RECÉM-NASCIDAS PASSARAM A ABSORVER A MÃO DE OBRA NOS CENTROS URBANOS. O CAPITALISMO EXIGIU A ENTRADA DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO, MODIFICANDO PARA SEMPRE O PAPEL DO SEXO FEMININO NOS SETORES PÚBLICOS E PRIVADOS.</p> <p>A AGLOMERAÇÃO DE PESSOAS EM ESPAÇOS CADA VEZ MAIS ESCASSOS NAS CIDADES AGRAVOU OS CUSTOS DE MANUTENÇÃO DA PROLE, TANTO ASSIM QUE HOJE SE PODE FALAR EM FAMÍLIA NUCLEAR, EM CONTRAPOSIÇÃO À FAMÍLIA EXTENSA QUE EXISTIA NO PASSADO.</p> <p>AS MODIFICAÇÕES PELAS QUAIS A FAMÍLIA PASSOU NÃO IMPEDIRAM A PERMANÊNCIA DE RESQUÍCIOS DO MODELO ANTIGO, OS QUAIS PERDURARAM – E ALGUNS AINDA PERDURAM – ATÉ OS DIAS RECENTES.</p>
MARCO AURÉLIO	GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA (<i>DIREITO DE FAMÍLIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL</i> , P. 93, CITADO POR MARIA BERENICE DIAS, <i>MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS</i> , 2010, P. 43).	“ABANDONOU-SE O CONCEITO DE FAMÍLIA ENQUANTO, “INSTITUIÇÃO-FIM EM SI MESMO”, PARA IDENTIFICAR NELA A QUALIDADE DE INSTRUMENTO A SERVIÇO DA DIGNIDADE DE CADA PARTÍCIPE, COMO DEFENDE GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA”.

(continua)

MINISTRO	OBRA	TRECHO DE REFERÊNCIA NO VOTO
MARCO AURÉLIO	DANIEL SARMENTO ("CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS". <i>IN: IGUALDADE, DIFERENÇAS E DIREITOS HUMANOS</i> , 2008, P. 644).	A TUTELA DA SITUAÇÃO PATRIMONIAL É INSUFICIENTE. IMPÕE-SE A PROTEÇÃO JURÍDICA INTEGRAL, QUAL SEJA, O RECONHECIMENTO DO REGIME FAMILIAR. CASO CONTRÁRIO, CONFORME ALERTA DANIEL SARMENTO ("CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS". <i>IN: IGUALDADE, DIFERENÇAS E DIREITOS HUMANOS</i> , 2008, P. 644), ESTAR-SE-Á A TRANSMITIR A MENSAGEM DE QUE O AFETO ENTRE ELAS É REPROVÁVEL E NÃO MERECE O RESPEITO DA SOCIEDADE, TAMPOUCO A TUTELA DO ESTADO, O QUE VIOLA A DIGNIDADE DESSAS PESSOAS, QUE APENAS BUSCAM O AMOR, A FELICIDADE, A REALIZAÇÃO.
MARCO AURÉLIO	LUIZ EDSON FACHIN.	O DIREITO CIVIL, NA EXPRESSÃO EMPREGADA POR LUIZ EDSON FACHIN, SOFREU UMA "VIRADA DE COPÉRNICO", FOI CONSTITUCIONALIZADO E, POR CONSEQUÊNCIA, DESVINCULADO DO PATRIMÔNIO E SOCIALIZADO. A PROPRIEDADE E O PROPRIETÁRIO PERDERAM O PAPEL DE CENTRALIDADE NESSE RAMO DA CIÊNCIA JURÍDICA, DANDO LUGAR PRINCIPAL À PESSOA. É O DIREITO DO "SER", DA PERSONALIDADE, DA EXISTÊNCIA. RELEGAR AS UNIÕES HOMOAFETIVAS À DISCIPLINA DA SOCIEDADE DE FATO É NÃO RECONHECER ESSA MODIFICAÇÃO PARADIGMÁTICA NO DIREITO CIVIL LEVADA A CABO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.
JOAQUIM BARBOSA	DANIEL SARMENTO. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS. <i>IN: SARMENTO, DANIEL, IKAWA, DANIELA E PIOVESAN, FLÁVIA (COORDENADORES). IGUALDADE, DIFERENÇA E DIREITOS HUMANOS.</i>	"O NÃO-RECONHECIMENTO [DA UNIÃO HOMOAFETIVA] ENCERRA TAMBÉM UM SIGNIFICADO MUITO CLARO: ELE SIMBOLIZA A POSIÇÃO DO ESTADO DE QUE A AFETIVIDADE DOS HOMOSSEXUAIS NÃO TEM VALOR E NÃO MERECE RESPEITO SOCIAL [...] A PESSOA HUMANA NECESSITA DO RECONHECIMENTO DO SEU VALOR PARA QUE POSSA DESENVOLVER LIVREMENTE A SUA PERSONALIDADE".
RICARDO LEWANDOWSKI	SUZANA BORGES VIEGAS DE LIMA. POR UM ESTATUTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL. <i>IN: FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA (ORG.). DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO</i> . 1. ED. BRASÍLIA: GRAN CURSOS/ ENCANTO DAS LETRAS, 2009, P. 355-361.	"PARA DEMONSTRAR QUE AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS CONSTITUEM VERDADEIRAS ENTIDADES FAMILIARES, TEMOS COMO PONTO DE PARTIDA O ROL DESCRITO NO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE, EM NOSSA OPINIÃO NÃO É <i>NUMERUS CLAUSUS</i> , E SIM UM ROL EXEMPLIFICATIVO, DADA A NATUREZA ABERTA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. PARA TANTO, É ESSENCIAL QUE SE CONSIDERE A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA A PARTIR DE SEUS ASPECTOS CIVIS E CONSTITUCIONAIS, BUSCANDO NOS FENÔMENOS DA PUBLICIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

(continua)

MINISTRO	OBRA	TRECHO DE REFERÊNCIA NO VOTO
RICARDO LEWANDOWSKI	PAULO LUIZ NETTO LÔBO. <i>ENTIDADES FAMILIARES CONSTITUCIONALIZADAS: PARA ALÉM DO NUMERUS CLAUSUS.</i>	DE FAMÍLIA, E, TAMBÉM, NA REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES, OS ELEMENTOS PARA A AFIRMAÇÃO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS. A PARTIR DISSO, ENCONTRAMOS UM VASTO CAMPO PARA UMA ANÁLISE MAIS APROFUNDADA DA PROTEÇÃO LEGAL DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS, ASSIM COMO DOS DIREITOS QUE DELAS EMANAM, SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE”.
RICARDO LEWANDOWSKI	ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO. <i>ESTATUTO DA FAMÍLIA DE FATO</i> , DE ACORDO COM O ATUAL CÓDIGO CIVIL, LEI 10.406, DE 10/1/2002. 3. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2011, P. 240.	“[...] A CONSTITUIÇÃO DE 1988, MENCIONANDO EM SEU <i>CAPUT</i> QUE A FAMÍLIA É A ‘BASE DA SOCIEDADE’, TENDO ‘ESPECIAL PROTEÇÃO DO ESTADO’, NADA MAIS NECESSITAVA O ART. 226 DE DIZER NO TOCANTE À FORMAÇÃO FAMILIAR, PODENDO O LEGISLADOR CONSTITUINTE TER DEIXADO DE DISCRIMINAR AS FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. SIM PORQUE AO LEGISLADOR, AINDA QUE CONSTITUINTE, NÃO CABE DIZER AO POVO COMO DEVE ELE CONSTITUIR SUA FAMÍLIA. O IMPORTANTE É PROTEGER TODAS AS FORMAS DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR, SEM DIZER O QUE É MELHOR”.

(continua)

MINISTRO	OBRA	TRECHO DE REFERÊNCIA NO VOTO
LUIZ FUX	GUSTAVO TEPEDINO (A DISCIPLINA CIVIL- -CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES FAMILIARES. <i>IN</i> : <i>TEMAS DE DIREITO CIVIL</i> . 3. EDIÇÃO. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2004, P. 397-398).	<p>VERIFICA-SE, DO EXAME DOS ARTS. 226 A 230 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE O CENTRO DA TUTELA CONSTITUCIONAL SE DESLOCA DO CASAMENTO PARA AS RELAÇÕES FAMILIARES DELE (MAS NÃO UNICAMENTE DELE) DECORRENTES; E QUE A MILENAR PROTEÇÃO DA FAMÍLIA COMO INSTITUIÇÃO, UNIDADE DE PRODUÇÃO E REPRODUÇÃO DOS VALORES CULTURAIS, ÉTICOS, RELIGIOSOS E ECONÔMICOS, DÁ LUGAR À TUTELA ESSENCIALMENTE FUNCIONALIZADA À DIGNIDADE DE SEUS MEMBROS, EM PARTICULAR NO QUE CONCERNE AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DOS FILHOS. [...]</p> <p>ASSIM SENDO, A FAMÍLIA, EMBORA TENHA AMPLIADO, COM A CARTA DE 1988, O SEU PRESTÍGIO CONSTITUCIONAL, DEIXA DE TER VALOR INTRÍNSECO, COMO INSTITUIÇÃO CAPAZ DE MERECEER TUTELA JURÍDICA PELO SIMPLES FATO DE EXISTIR, PASSANDO A SER VALORADA DE MANEIRA INSTRUMENTAL, TUTELADA NA MEDIDA EM QUE – E SOMENTE NA EXATA MEDIDA EM QUE – SE CONSTITUA EM UM NÚCLEO INTERMEDIÁRIO DE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DOS FILHOS E DE PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DOS SEUS INTEGRANTES.</p>
LUIZ FUX	MARIA MARTÍN SÁNCHEZ (<i>MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y CONSTITUCIÓN</i> . VALENCIA: TIRANT LO BLANCH, 2008, P. 115).	<p>[...] LIMITAR A LIBERDADE DE ATUAÇÃO DO INDIVÍDUO ATRAVÉS DO NÃO RECONHECIMENTO – COMO, ATÉ HÁ MUITO POUCO, NO CASO DE CONTRAIR MATRIMÔNIO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO – OU ATRAVÉS DE OMISSÃO NA LEI – NESTE CASO, NAS LEIS QUE, ATÉ HÁ POUCO, VINHAM DISCIPLINANDO O CASAMENTO – SÓ TERIA JUSTIFICAÇÃO SE SE ARGUMENTASSE QUE DITA LIMITAÇÃO OU RESTRIÇÃO DA LIBERDADE OBEDECE À PROTEÇÃO DE ALGUM VALOR, PRINCÍPIO OU BEM CONSTITUCIONAL, DE MODO QUE, EFETUADA UMA PONDERAÇÃO DE BENS EM JOGO, SERIA CONVENIENTE ESTABELECEER ESSA LIMITAÇÃO.</p>
		<p>NO ENTANTO, NÃO PARECE EXISTIR NENHUM VALOR, PRINCÍPIO OU BEM CONSTITUCIONAL EM RISCO, CUJA PROTEÇÃO NECESSITE DE TAL RESTRIÇÃO. A ESSE RESPEITO, FAZ-SE PRECISO, ADEMAIS, TER PRESENTES O RESTO DE ARGUMENTOS E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS JÁ APORTADOS ANTERIORMENTE, TAIS COMO A IGUALDADE E A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO, E A DIGNIDADE DA PESSOA, PARA ALÉM DESSE DIREITO GENÉRICO À LIBERDADE INDIVIDUAL. [TRADUÇÃO LIVRE DO ESPANHOL].</p>

Fonte: BUZOLIN, 2019, p. 151-156.

CAPÍTULO 4

A PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL EM AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL¹

Ana de Mello Côrtes

INTRODUÇÃO

No atual contexto político no Brasil, o Judiciário e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal têm se tornado espaço de grandes disputas pela concretização de direitos fundamentais. Embora não considerado o ideal, o Tribunal é visto muitas vezes por organizações de movimentos sociais como a única instituição capaz de garantir direitos contramajoritários em um país com um congresso conservador como o brasileiro. Nos últimos anos, de fato, o Supremo tem decidido casos de grande impacto nas vidas de minorias sociais como os relativos à alteração de nome para pessoas transgêneras, ao casamento homoafetivo, às cotas raciais, à violência contra a mulher e ao aborto de feto anencefálico.

Os objetivos da justiça constitucional podem explicar o enorme relevo que ela assume nos dias de hoje, estando entre eles, segundo o professor Fernando Alves Correia, a proteção das minorias e a garantia de observância dos direitos fundamentais (CORREIA, 2016, p. 42-46).

No entanto, o acesso aos debates na jurisdição constitucional não é simples para as entidades da sociedade civil. Existem entraves relacionados à seletividade social do STF, como a demora na divulgação da pauta, o traje necessário, a exigência de representação por advogado, entre outros, que afetam

¹ A versão preliminar deste artigo foi desenvolvida no âmbito do programa de Doutorado em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC, por isso agradeço pela leitura e pelo acompanhamento, nessa ocasião, do Professor Fernando Alves Correia. As inquietações que levaram à exploração desse tema partiram da minha dissertação de mestrado no âmbito do Mestrado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento da Fundação Getúlio Vargas – FGV, de forma que agradeço a Marta Rodriguez de Assis Machado não só pela orientação no mestrado como também pelos comentários valiosos sobre este texto. Por fim, agradeço a todas as autoras deste volume pelo ambiente acadêmico de generosidade e sugestões engrandecedoras.

a possibilidade de participação de entidades que atuam com recursos humanos e financeiros limitados mesmo por meio de mecanismos considerados formas de abrir essa arena para a população, por exemplo, a participação como *amicus curiae*.

O foco proposto para este artigo, porém, é bem específico e diz respeito aos legitimados a propor ações de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. A Constituição Federal de 1988 determina em seu artigo 103 o rol taxativo de legitimados para propor ações nessa modalidade.

O rol de legitimados foi muito ampliado com relação ao que se observava anteriormente à atual Constituição brasileira. No entanto, embora apresente uma ampla gama de legitimados, pelo menos até junho de 2018, representava uma limitação à atuação de entidades da sociedade civil, ligada ao entendimento consolidado que o STF tinha do artigo, mais especificamente na interpretação do conceito de entidade de classe de âmbito nacional, limitada àquelas de caráter econômico e profissional.

Isto é, o artigo 103 estabelece em seu inciso IX que podem propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”, mas não há nesse artigo ou em quaisquer outros da Constituição uma definição sobre o que são entidades de classe. Sendo assim, a jurisprudência do STF interpretou o artigo e ao longo dos anos consolidou sua interpretação no sentido de que apenas entidades que representassem classes de caráter econômico ou profissional poderiam ser consideradas entidades de classe. Essa interpretação é restritiva por implicar uma limitação que não consta do texto constitucional e exclui a possibilidade de proposição por outros tipos de classe, ainda que cumpram os demais requisitos, por exemplo, uma entidade nacional representativa dos direitos das mulheres que busque a jurisdição constitucional em uma pauta relativa à violência doméstica.

Esse entendimento, qual seja, a interpretação que o STF dava ao artigo 103 da Constituição Federal, determinava os legitimados a propor as ações do controle concentrado de constitucionalidade e limitava a atuação das organizações da sociedade civil, que não poderiam atuar como proponentes de ações e, assim, buscavam estratégias de mobilização para lidar com essa questão, como buscar parcerias com atores legitimados, por exemplo, partidos políticos (nesse caso o fim é atingido mas a atuação da entidade não fica oficialmente registrada).

Em junho de 2018, contudo, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, em decisão monocrática, reviu e reverteu o entendimento até então consolidado de que “entidades de classe de âmbito nacional” seriam apenas aquelas ligadas a categorias econômicas

e profissionais, estabelecendo a defesa de que esse entendimento anterior servia para que apenas grupos que já possuem força política se utilizassem do controle de constitucionalidade, excluindo dessa forma de acesso à justiça os grupos que mais precisam dela. Assim, o ministro aceitou a proposição da Ação de Descumprimentos de Preceito Fundamental 527, que tem como tema o direito de pessoas transgêneras em estabelecimentos prisionais de estarem alocadas de acordo com seu gênero, pela ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos).

1. MOVIMENTO FORMAL DE ABERTURA DO DIREITO À PARTICIPAÇÃO

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS LEGITIMADOS ATIVOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

As primeiras normas de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil surgem na Constituição de 1934, com a chamada “representação interventiva”, voltada a leis de intervenção federal (KOERNER, 2010, p. 302). O controle judicial de constitucionalidade no país, contudo, ainda que tenha sofrido alterações, permaneceu seguindo um modelo difuso,² essencialmente como o estadunidense, até o golpe de Estado de 1964, a partir de quando surgiram mudanças institucionais relevantes no desenvolvimento de uma forma de controle com características de concentrado.

Em princípio, ministros foram aposentados compulsoriamente e a corte passou a ter 16 membros, garantindo ao regime a indicação de mais ministros. No início da ditadura militar, com a chamada “representação de inconstitucionalidade”, criada por Emenda Constitucional em 1965, surge o controle de constitucionalidade para leis federais, cuja iniciativa estava

² É denominada assim a forma de controle de constitucionalidade cujo exercício é distribuído pelos componentes do Poder Judiciário, em oposição à forma concentrada, exercida por um órgão específico. Essa forma usualmente se dá por via incidental na apreciação de um caso concreto.

exclusivamente nas mãos do procurador-geral da República, nomeado pelo presidente da República (BRANDÃO; NUNES, 2018, p. 167). Dessa forma, o controle de constitucionalidade que antes existia no Brasil apenas na modalidade difusa passou a ter também uma nova faceta de controle concentrado, restrita, contudo, à iniciativa do procurador-geral da República.

No período em que o controle funcionava dessa forma, surgiu um debate acadêmico sobre se o PGR teria ou não discricionariedade de decidir o que levar ao STF para o controle de constitucionalidade: um embate entre os que acreditavam que caberia ao detentor do cargo decidir e os que defendiam que levar a questão ao STF era um dever. Esse debate surge porque qualquer cidadão poderia “representar” para o procurador-geral da República, solicitando que apresentasse uma representação de inconstitucionalidade ao STF. Porém, na prática, havia um filtro do próprio procurador (BRANDÃO; NUNES, 2018, p. 169). Isso servia, essencialmente, como um mecanismo de controle político, considerando que o cargo era de livre nomeação e exoneração.

No ano de 1967, foram criadas a avocação de casos pelo Supremo (que desapareceu em 1988) e a arguição de relevância, que exigia, como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, a relevância (algo parecido com o “*certiorary*” do direito estadunidense, que permite à Suprema Corte escolher os casos que ela quer decidir, sem necessidade de motivação). Esta foi a configuração observada até 1988, com o controle de constitucionalidade ainda majoritariamente difuso e submetido ao controle de agenda do Supremo.

Antes da Constituição Federal de 1988, o único legitimado ativo à provocação da jurisdição constitucional do STF era, pois, o procurador-geral da República. A partir de sua promulgação, contudo, o rol de legitimados ativos foi ampliado de maneira muito significativa (SILVA, 2016, p. 53).

Com a redemocratização, na década de 1980, os movimentos sociais se diversificaram e aumentou a presença da sociedade civil na política; isso se refletiu na participação em diversas etapas da Constituinte de 1987-1988 desde a mobilização pela instauração de uma Assembleia Nacional Constituinte (com cerca de 25 anteprojetos de variados setores) até emendas populares, passando por campanhas, caravanas e diferentes mobilizações (GOMES, 2020, p. 78-81).³

³ Ver também: BRANDÃO, 2012.

O artigo 103 da atual Constituição brasileira prevê os legitimados em nove incisos, incluindo: o presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o procurador-geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Quando a Constituição foi proclamada, no entanto, essa ampliação dos legitimados era aplicada somente à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Na sua instituição, a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) tinha seus legitimados definidos no § 4º do mesmo art. 103, revogado pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Anteriormente, os legitimados eram o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o procurador-geral da República e, atualmente, após a referida Emenda Constitucional, são equiparados aos legitimados a propor a ADI (SILVA, 2016, p. 61).

Para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), embora não haja previsão expressa no art. 103, os legitimados são os mesmos das demais ações, conforme entendimento pacífico da jurisprudência do STF, da doutrina e da previsão da Lei n. 9.882/1999 (MASSON, 2018, p. 1338).

1.2. A ADPF 527 E A NOVA INTERPRETAÇÃO DO ART. 103 DADA PELO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO⁴

Como já foi mencionado, o art. 103 da Constituição Federal de 1988 estabelece o rol taxativo dos legitimados ativos nas ações do controle concentrado de constitucionalidade. No entanto, para além do que está expresso no artigo, o Supremo Tribunal Federal tem alguns entendimentos sobre essa questão.

De acordo com o entendimento do STF, o partido político com representação no congresso e a confederação ou entidade de classe de âmbito nacional não possuem capacidade postulatória, necessitando de representação por advogado, enquanto os demais legitimados possuem.

⁴ Esta seção se baseia no texto da decisão do ministro Luís Roberto Barroso, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527_liminar_26jun2019.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

Além disso, o STF construiu jurisprudencialmente, uma vez que não está prevista no texto constitucional, a divisão dos legitimados entre os chamados de legitimados universais⁵ e os chamados de legitimados especiais.⁶ Ao passo que aqueles possuem interesse de agir presumido, uma vez que têm entre suas atribuições defender a ordem constitucional objetiva e podem propor ações do controle concentrado independentemente de comprovação de pertinência temática, estes precisam cumprir o requisito da pertinência temática ou a ação pode não ser conhecida por ausência de legitimidade *ad causam* (MASSON, 2018, p. 1296).

O requisito da pertinência temática significa que o legitimado ativo deve comprovar a ligação entre seus objetivos estatutários ou finalidades institucionais e o conteúdo da norma discutido na ação proposta. A criação jurisprudencial desse requisito é criticada academicamente por parte da doutrina, uma vez que não só implica tratamento diferenciado de legitimados sem autorização constitucional como também de certa forma subverte a lógica do controle abstrato, no qual não há interesse de agir na forma do aplicado ao processo comum. Isto é, as partes o são em sentido formal, uma vez que não atuam em interesse próprio. Mesmo que haja críticas, o entendimento é consolidado no tribunal e ainda não houve qualquer mudança (MASSON, 2018, p. 1297).

O entendimento mais relevante para o escopo deste artigo, contudo, diz respeito ao que a corte entende como “entidade de classe de âmbito nacional”. Quanto ao âmbito nacional, o Tribunal consolidou, por analogia com a Lei n. 9.096/1995, que a entidade deve estar em ao menos nove estados da federação para ser assim considerada (podendo esse requisito ser afastado excepcionalmente devido à relevância nacional da entidade).

Quanto à definição de entidade de classe, o entendimento é que não podem ser assim caracterizadas entidades integradas por apenas um segmento da classe

5 O presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

6 A Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o governador do Estado ou do Distrito Federal e confederações sindicais ou entidades de classe do âmbito nacional.

que representam,⁷ as federações sindicais e os sindicatos nacionais (MASSON, 2018, p. 1299). Além disso, para a corte são consideradas entidades de classe apenas aquelas de caráter econômico ou profissional (GOMES, 2016a).

Essa interpretação, todavia, vem sendo questionada tanto na literatura, especialmente por acadêmicos do direito ligados à litigância estratégica,⁸ quanto na prática, quando organizações da sociedade civil, mesmo sabendo do entendimento consolidado, propõem a ação desejada afirmando sua legitimidade e questionando o entendimento no âmbito da própria ação. Foi o que fizeram, por exemplo, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) na proposição da ADI 5.422, sem sucesso, e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) na ação em pauta neste trabalho, na qual o ministro Luís Roberto Barroso atribuiu nova interpretação ao art. 103, inciso IX, da Constituição Federal.

A ADPF 527 foi proposta em junho de 2018 pela ABGLT e pede ao STF que determine a possibilidade do cumprimento de pena em unidades prisionais femininas para presas transexuais e travestis.⁹ No mesmo ano, o Supremo havia decidido em favor dos direitos das pessoas transgêneras ao assegurar seu direito à alteração do nome e do sexo no registro civil sem necessidade de cirurgia de transgenitalização ou quaisquer outros requisitos patologizantes.¹⁰ E, ainda, o ministro Luís Roberto Barroso havia decidido, em sede de *habeas corpus*, pela transferência de duas presas travestis para estabelecimentos prisionais femininos.¹¹

7 Ver ADI 4.751, na qual a Federação das Entidades dos Oficiais Militares Estaduais (Feneme) não foi considerada legitimada, entre outras fundamentações, porque a categoria dos policiais militares é formada por oficiais e por praças, sendo apenas os oficiais representados pela federação.

8 Conforme se vê na obra de Juliana Cesario Alvim Gomes, por exemplo nos artigos “O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso” (2006b) e “Um Supremo socialmente seletivo?” (2006a) e no livro *Por um constitucionalismo difuso* (2020), cuja segunda edição traz uma crítica ainda mais contundente nesse sentido (p. 162-176).

9 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=383132>. Acesso em: 26 out. 2020.

10 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 26 out. 2020.

11 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369997>. Acesso em: 26 out. 2020.

Na decisão sobre a admissão da ADPF 527 o ministro Barroso lista os três requisitos exigidos pela jurisprudência do STF para a legitimidade ativa de entidades de classe de âmbito nacional, quais sejam: comprovação de associados em ao menos nove Estados da federação, ligação entre os membros por integrarem a mesma categoria econômica ou profissional e pertinência temática. Entretanto, o ministro defende a superação desse entendimento, não quanto à questão da presença em nove Estados ou à pertinência temática, mas especificamente sobre o conceito de “entidade de classe”.

De todo modo, os demais requisitos não seriam problema para a admissão da ABGLT como legitimada ativa, mas o conceito de entidade de classe adotado sim, uma vez que, apesar de se declarar entidade de classe na petição inicial, pelo entendimento até então consolidado no STF a organização não poderia ser assim caracterizada, por não ser de âmbito profissional ou econômico. Nesse caso, os associados estão unidos pela busca pela igualdade e pelo combate à discriminação com motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

A nova interpretação proposta pelo ministro se fundamenta em três questões principais, sendo a primeira delas a superação das condições que justificaram a interpretação restritiva do conceito de classe.

Segundo Barroso, à época da ampliação do rol de legitimados na Constituição de 1988 houve resistência por parte de ministros do STF, uma vez que, com a legitimidade anterior concentrada nas mãos da Procuradoria-Geral da República, a possibilidade era exercida de forma muito mais controlada, uma vez que estava concentrada nas mãos de uma só pessoa cujo cargo era de livre nomeação e exoneração pelo presidente da República. Temia-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade se transformasse em uma nova ação popular, sobrecarregando o Tribunal, que, ainda em 1988, conservava sua formação do período autoritário – período no qual se observavam inúmeras violações de direitos fundamentais –, e que procurava exercer suas funções com bastante parcimônia na transição para o período democrático, com uma concepção mais conciliadora sobre o papel do Supremo.

De acordo com a fundamentação da decisão, todas essas circunstâncias se alteraram, uma vez que não só a democracia se consolidou ao longo de 30 anos de vigência da Constituição atual, sendo injustificada apreensão nesse sentido, como também as ações diretas propostas representam uma parcela irrelevante dos casos que chegam ao STF, correspondendo a menos de 1%

deles.¹² Sendo assim, o ministro não acredita que adotar um conceito de classe inclusivo para entidades protetoras de direitos fundamentais possa impactar o funcionamento da Corte.

O segundo motivo é relacionado à missão institucional do Supremo de proteção de direitos fundamentais e à interpretação teleológica da Constituição brasileira. A interpretação restritiva do conceito de “entidades de classe”, segundo Barroso, não faz sentido com a interpretação teleológica da ampliação de legitimados para ações do controle concentrado de constitucionalidade que se observa no art. 103 e especialmente da inclusão de confederações sindicais, entidades de classe e partidos políticos no rol do artigo.

A argumentação também caminha no sentido de que a restrição de entidades voltadas à proteção de direitos fundamentais não faz sentido com uma Constituição que se volta à proteção desses direitos, à proteção de grupos vulneráveis e à ampliação da participação da sociedade civil. A nova interpretação permitiria que entidades da sociedade civil voltadas à proteção de grupos vulneráveis provocassem a jurisdição do Supremo e, assim, possibilitaria ao Tribunal um mais efetivo exercício da sua função de defesa de direitos fundamentais.

Uma vez que se somente entidades de classe representativas de interesses profissionais e econômicos podem provocar a jurisdição, a maior parte das Ações Diretas de Inconstitucionalidade se volta a interesses corporativos de grupos que, muitas vezes, ao contrário das entidades voltadas à proteção de direitos, já possuem força política em outros espaços. Assim, boa parte dos direitos previstos na Constituição de 1988 fica de fora da apreciação do STF pela via do controle concentrado de constitucionalidade.

A terceira razão elencada é a violação do princípio da igualdade e o impacto desproporcional sobre grupos vulneráveis ou minoritários. A interpretação adotada pelo Supremo seria, de acordo com o ministro, um caso de discriminação indireta, uma vez que adotar uma postura aparentemente neutra (interpretação restritiva) gera impactos diferenciados

12 Observação baseada em estudos empíricos: FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>. Acesso em: 26 out. 2020.

e mais prejudiciais sobre um grupo, no caso, o grupo de entidades que se voltam à defesa de grupos vulneráveis.

Nesse caso, grupos que já possuem visibilidade e poder em outros contextos têm também livre acesso à proposição de ações do controle concentrado no STF, ao passo que entidades que enfrentam limitações na defesa de grupos minoritários, como as pessoas transgêneras defendidas na ADPF, ficam excluídas também da possibilidade de levar suas demandas à apreciação no controle concentrado de constitucionalidade pela interpretação restritiva.

Luís Roberto Barroso defende, ainda, que, assim como muitos acadêmicos do direito, outros ministros do STF, nomeadamente Luiz Fux e Marco Aurélio Mello, já se manifestaram no mesmo sentido de superação dessa interpretação em votos em Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Desta forma, o ministro altera o entendimento anterior e conhece da ação, afirmando na decisão que “entidades de classe de âmbito nacional” são aquelas que comprovem o caráter nacional e tenham membros unidos por vínculo de natureza econômica, profissional ou pela defesa de direitos de grupos minoritários e vulneráveis dos quais façam parte.

2. PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES DA SOCIEDADE CIVIL

2.1. BARREIRAS IMPOSTAS PELA INTERPRETAÇÃO ANTERIORMENTE ADOTADA PELO STF E OUTROS DESAFIOS A SUPERAR

As organizações da sociedade civil, com a interpretação tradicionalmente feita pelo STF do art. 103, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, não poderiam atuar como proponentes de ações do controle concentrado de constitucionalidade. Sendo assim, algumas dessas organizações, quando envolvidas na litigância estratégica e interessadas em levar temáticas de seu interesse à apreciação do Supremo, estabelecem estratégias de atuação para que isso seja possível. Ou seja, na ausência de oportunidades para atuar, essas entidades forjam essas oportunidades, podendo influenciar na configuração política (ANDERSEN, 2005, p. 8).

As organizações da sociedade civil possuem capacidade associativa para unir forças e buscar apoio nas mais diferentes formas, a fim de concretizar o objetivo de mobilização (GLOPPEN, 2006, p. 46-47).

Uma das estratégias mais comumente utilizadas nesse sentido é a articulação com organizações que se enquadrem nos requisitos do STF para serem consideradas “entidades de classe” ou partidos políticos favoráveis a suas causas que aceitem propor a ação elaborada por essas entidades ou em parceria com elas. Isso já foi feito, por exemplo, pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) em parceria com o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pela ABGLT em parceria com o Partido Popular Socialista (PPS) e pela ANIS – Instituto de Bioética em parceria com a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CÔRTEZ, 2018, p. 64-66).

Uma desvantagem da estratégia mencionada é que, nesse caso, a atuação da entidade não fica registrada oficialmente no processo, de forma que algumas dessas entidades optam por atuar também como *amici curiae* nos casos, registrando assim sua participação (CÔRTEZ, 2018). Além disso, a entidade não tem completo controle sobre o processo e pode ter que negociar com os interesses do aliado, uma vez que podem existir divergências.

A relevância social, política e econômica dos temas tratados nos STF faz com que seja muito importante a participação social e que, para isso, sejam criados mecanismos (MARONA; ROCHA, 2017). No Brasil, visando à transparência e à democratização do debate constitucional, surgiram os institutos das audiências públicas e do *amicus curiae* (GARGARELLA, 2017). Esses mecanismos, apesar de possibilitarem muitas vezes a participação de entidades da sociedade civil no processo constitucional, se diferenciam muito da possibilidade de propor uma ação do controle concentrado. São, cada um a seu modo, formas de posicionamento e participação no debate no âmbito de ações já existentes.

Audiências Públicas, previstas para o Judiciário na Lei n. 9.868/1999 e na Lei n. 9.882/1999, podem ser convocadas pelo presidente do Supremo Tribunal Federal ou pelo relator do processo e contam com a participação da sociedade civil com o objetivo de esclarecer a matéria ou circunstância de fato debatendo sobre temas de relevante interesse público (MARONA; ROCHA, 2017).

As mesmas leis mencionadas preveem a possibilidade de intervenção no processo para representantes da sociedade civil como *amici curiae*. Conforme a Lei n. 9.868/1999, os requisitos para admissão de *amici curiae* são a relevância da matéria e a legitimidade dos postulantes.

As regras para admissão de *amici curiae*, apesar de permitirem que o instituto simbolize a ampliação do número de atores que participam de alguma forma do processo constitucional, apresentam barreiras de acessibilidade

que afastam da atuação organizações da sociedade civil que funcionam com recursos humanos financeiros limitados. Algumas dessas barreiras, levantadas por Eloísa Machado de Almeida (2015, p. 139-141), são o custo, o prazo para manifestação e a necessidade de representação por advogado.

A atuação como *amicus curiae* nos casos relativos a pessoas trans que chegaram à pauta do STF pode ilustrar essas dificuldades.¹³ Nesses casos, todos os fatores levantados pela professora se revelaram determinantes, por vezes exigindo que as entidades criassem formas de articulação, para conseguir representação por advogado, por exemplo, e por outras chegando a afastá-las da atuação em um determinado processo por falta de conhecimento do funcionamento do Tribunal. Essa forma de apresentação que se exige dos *amici curiae*, nesses casos, não só dificultou a participação de determinadas organizações como também moldou suas manifestações a um formato essencialmente jurídico, menos plural do que poderia ser. Somam-se a essas barreiras alguns fatores da prática do STF, como a demora na divulgação da pauta, pedidos de vista e julgamentos adiados, todos presentes nesses casos e geradores de grandes custos para uma atuação limitada por recursos escassos.

As audiências públicas e o *amicus curiae*, chamados por Juliana Cesario Alvim Gomes de “mecanismos de permeabilidade social”, apesar de terem a si atribuída a função ou ao menos o potencial de pluralizar o processo constitucional, recebem críticas não só pelas dificuldades de acesso e admissibilidade enfrentadas pelos que pretendem atuar por essa forma, como também pela pouca importância prática atribuída pelos ministros aos argumentos levantados nessas oportunidades e, portanto, o peso reduzido em termos de influência nos resultados (GOMES, 2020, p. 87-88, 165).

Isso se deve, por exemplo, à pouca presença de ministros nas audiências públicas (VESTENA, 2012) e ao raro enfrentamento dos argumentos de manifestações escritas de *amici curiae*, somado ao fato de que as manifestações orais destes ocorrem no dia do julgamento, com votos já escritos e posicionamentos já determinados (GOMES, 2020, p. 88).

Conforme visto nas seções anteriores, esses mecanismos não são, contudo, a única forma de participação da sociedade civil no processo constitucional, ainda que o debate sobre esse tema esteja, em geral, neles

¹³ Ver mais em: CÔRTEZ (2018).

centrado. Na prática, se por um lado a ABGLT estabeleceu a estratégia de se articular a atores já considerados legitimados para atuar, por outro não deixou de tentar atuar como proponente de ações do controle concentrado, o que na ADPF 527 culminou, finalmente, na possibilidade de que um tema importante para um segmento vulnerável da sociedade fosse levado à apreciação do STF por uma entidade atuante na defesa dos direitos desse grupo.

2.2. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO E SIGNIFICADOS DA MUDANÇA PARA A MOBILIZAÇÃO DO DIREITO

Considerando quão recente é a decisão do ministro Luís Roberto Barroso, é difícil constatar empiricamente os impactos. Até mesmo porque, por ser uma decisão monocrática, não se pode afirmar que é um posicionamento do Tribunal de forma generalizada (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 141). Já se sabe, contudo, que foi bem recebida por organizações da sociedade civil e pessoas envolvidas em litigância estratégica que já vinham defendendo na prática do litígio ou na academia essa mudança de interpretação, em que pesem as inúmeras críticas que cabem ao processo decisório pouco deliberativo no Supremo Tribunal Federal brasileiro (MENDES, 2011) e especialmente a questões decididas no âmbito de decisões monocráticas.

No contexto decisório brasileiro, é conferido grande poder aos ministros do STF, que vai da definição de agenda à tomada de decisão, que, não raro, se dá de forma pouco deliberativa e conta com decisões monocráticas de mérito que perduram por longos períodos (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018). A decisão em pauta neste artigo, embora seja um exemplo de mudança em decisão monocrática de uma interpretação que anteriormente estava consolidada, é uma decisão de caráter formal de admissibilidade, tipicamente monocrática.

Trata-se, de todo modo, de um exemplo de como o Supremo, e mesmo ministros individualmente, têm o poder de estruturar as regras de funcionamento da própria arena de decisão em que atuam (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 124). É preciso pautar decisões do STF vistas como avanços com cautela, porque muitas vezes na deliberação por trás delas há a atribuição de um poder com poucas restrições, que poderia ser usado de forma contrária ou até mesmo argumentação discriminatória, que não é de fato favorável ao direito pleiteado (GOMES, 2016b, p. 672).

Ainda assim, consideradas as ressalvas, para as entidades da sociedade civil interessadas em atuar no controle concentrado de constitucionalidade e para os grupos vulneráveis que elas defendem, a decisão representa um

passo para lidar com o problema da dificuldade de acesso. Em um contexto de busca por direitos em condições desfavoráveis, entidades como essas não podem se dar ao luxo de desaproveitar ferramentas legais disponíveis (SANTOS, 2013, p. 56). Os avanços e retrocessos na seara jurídica podem, inclusive, moldar expectativas e estratégias de movimentos sociais, causando inspiração ou desestímulo (GOMES, 2020, p. 70).

Para o Tribunal, por sua vez, como afirmou o ministro, é improvável que isso aumente o número de casos ao ponto de impactar seu funcionamento. Mesmo que os números de casos levados à apreciação do STF sejam muito maiores que os levados a outras cortes constitucionais ao redor do mundo, a parcela desses casos que é proveniente do controle concentrado de constitucionalidade é extremamente reduzida, de forma que a sobrecarga tem outras causas e não é esperado que essa mudança de entendimento afete o funcionamento (BRANDÃO; NUNES, 2018, p. 186–187).

Uma forma possível de modificação da Constituição influenciada pela justiça constitucional é a substituição da relação de sentido anteriormente estabelecida, mantido o texto constitucional. Essa modificação de significado pode ser considerada legítima se o novo significado puder ser abarcado pelos limites da norma constitucional reinterpretada para se adequar a novas realidades políticas, econômicas ou sociais (CORREIA, 2016, p. 30). Parece ser esse o caso em pauta.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 não define “entidades de classe”, o entendimento cuja adoção pelo STF estava consolidada também foi, assim como o novo, uma interpretação jurisprudencialmente criada e reproduzida por todos esses anos. Contudo, esse entendimento representava limitações para a atuação de entidades que defendem interesses de grupos minoritários, de forma que o novo entendimento tem potencial de tornar mais efetiva a apreciação de temas de direitos fundamentais pela justiça constitucional. Em que pesem todas as críticas cabíveis ao processo decisório, a alteração jurisprudencial em pauta nada mais é que a mudança não no texto constitucional, mas sim na interpretação estabelecida pelo próprio STF.

Quando o significado da Constituição se altera sem que se altere seu texto, há uma mutação constitucional, um fenômeno informal influenciado por alterações na sociedade que permite que a Constituição articule rigidez e adaptabilidade (GOMES, 2020, p. 91–93). Nesse fenômeno, a participação de atores não institucionais é essencial; movimentos sociais têm o poder de provocar e evidenciar essas mutações sociais em sua busca de transformação social por meio do Direito (GOMES, 2020, p. 95–97). Na história da

mobilização do Direito no Brasil, exemplos dessa atuação podem ser vistos nos casos que afirmaram a constitucionalidade das ações afirmativas raciais e das uniões homoafetivas.¹⁴

Todas as mudanças dos últimos anos somadas à opinião doutrinária de acadêmicos e à pressão das organizações da sociedade civil que mantiveram a tentativa de propor ações no STF levaram à revisão que não é do rol taxativo da Constituição, mas sim da interpretação anteriormente criada jurisprudencialmente pelo próprio Tribunal, de forma a conduzir para a possibilidade de que suas funções sejam exercidas de forma mais efetiva.

A proteção de direitos fundamentais tem, aliás, sido destacada como uma das bases das funções atribuídas à justiça constitucional, preponderante entre elas, podendo a jurisdição constitucional ser caracterizada como verdadeira “jurisdição dos direitos fundamentais” (CORREIA, 2010, p. 35-43).

É necessário pontuar, contudo, que ser vista como entidade legitimada pelo STF não é a única barreira de acesso enfrentada por organizações da sociedade civil em sua atuação no processo constitucional. Embora na nova interpretação proposta uma das facetas da “seletividade social do Supremo”¹⁵ seja superada, para que exista o acesso são necessários muitos recursos expressos de muitas diferentes formas; as barreiras de acesso pontuadas como existentes com relação aos *amici curiae* na seção anterior se estendem também (talvez até de forma mais intensa) para a proposição de ações.

Existe uma ligação direta entre o acesso aos debates no Supremo e a disponibilidade de advogados e advogadas (especialmente com experiência em litigância estratégica e conhecimento do funcionamento do Tribunal), a forma como as organizações se estruturam e outros recursos, como financiamento (EPP, 1988, p. 18). A disponibilidade de recursos financeiros é, por si só, um fator determinante na mobilização do Direito, uma vez que são essenciais à atuação em uma arena de disputa que se revela custosa, que pode até mesmo ser moldada pelo acesso a esses recursos.

Partindo de fatores que definem a oportunidade política no âmbito da Teoria do Processo Político, Andersen estabelece fatores que definem a oportunidade jurídica, essencial à mobilização do Direito, quais sejam o acesso, a

¹⁴ Ver mais sobre como a atuação se deu nesses casos em: GOMES (2020).

¹⁵ Termo cunhado por Juliana Cesario Alvim Gomes (2016).

configuração do poder e a presença de sistemas de apoio e oposição (ANDERSEN, 2005, p. 9-12). Com a possibilidade da atuação de organizações de movimentos sociais e organizações da sociedade civil em geral enquanto legitimadas para propor ações no controle concentrado, existe a quebra de uma barreira em acesso, que diz respeito à possibilidade de litigar. Quanto aos outros fatores, sendo a configuração do poder ligada ao posicionamento dos juízes e os sistemas de apoio e oposição ligados à atuação de aliados ou oponentes no debate constitucional, podem vir a ser afetados por estratégias de articulação e, como consequência, de uma nova forma de levar pautas a esse âmbito.

Movimentos sociais e o Direito constitucional influenciam-se mutuamente, e a persuasão desses movimentos sobre sua compreensão da Constituição pode se dar por vias institucionais ou não, de acordo com as possibilidades e os incentivos de sua realidade, dependendo também das estratégias adotadas e dos demais sujeitos sociais (GOMES, 2020, p. 84).

Ainda que as oportunidades e o contexto político afetem diretamente a possibilidade de atuação, a quebra de quaisquer barreiras representa uma vantagem, pois os movimentos sociais também podem, por sua vez, forjar oportunidades com suas ações, estabelecendo estratégias e chegando a afetar a configuração política (ANDERSEN, 2005, p. 8). Segundo Siri Gloppen (2006, p. 46-47), para que haja transformação social por meio da mobilização das cortes, um dos fatores primordiais é a possibilidade de que grupos vulneráveis e suas demandas cheguem até elas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos mais fundamentais papéis da litigância estratégica para os sistemas modernos de justiça é criar uma forma de visibilidade para grupos marginalizados e estimular a busca pela concretização de seus direitos (CORAL-DÍAZ; LONDOÑO-TORO; MUÑOZ-AVILA, 2010). Tendo em vista esse papel e especialmente considerando a realidade brasileira, em que a justiça constitucional e as ações do controle concentrado de constitucionalidade têm se tornado palco de diversas disputas por direitos de grupos vulneráveis, é inestimável que organizações formadas e geridas por pessoas que pertencem a esses grupos sejam vistas como legítimas para ser parte dessas disputas e tenham a possibilidade de fazê-lo.

Em contextos de disputas por direitos em condições desfavoráveis, oportunidades de atuação não podem ser desperdiçadas, e, assim, o Direito vem sendo mobilizado, no Brasil, muitas vezes com pautas levadas à apreciação do STF, ainda que em geral não visto como a arena ideal para essa disputa. Em muitas organizações, movimentos, iniciativas e lutas o Direito é um dos recursos utilizados para fins emancipatórios por esses movimentos, que podem ser, em si, emancipatórios (SANTOS, 2013, p. 71).

Como apontam Balkin e Siegel (2006, p. 946), a importância das organizações de movimentos sociais no Direito é justamente fazer a ligação entre o direito e as pessoas comuns da sociedade civil. Assim, podem alterar o entendimento de normas constitucionais considerando seu papel constitutivo na ordem social, podem aplicar princípios a novos contextos, podem, por meio de sua contestação, fazer com que o Direito tenha significados que não tinha antes (SIEGEL; BALKIN, 2006, p. 949).

Isso aconteceu com a mudança de interpretação da qual este artigo trata (que deriva em grande parte do questionamento prático de organizações da sociedade civil que, cientes do posicionamento do STF, continuavam a propor ações), e, ainda que existam outros problemas de acesso que precisam ser superados e que a alteração não possa ser encarada de forma acrítica, o potencial existe para que passe a acontecer em outros casos envolvendo direitos fundamentais, levados à jurisdição constitucional, agora direta e oficialmente por entidades representativas das pessoas mais interessadas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Sociedade civil e democracia: a participação da sociedade civil como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica – PUC, São Paulo, 2006.
- ALMEIDA, Eloísa Machado de. “*Amicus curiae*” no *Supremo Tribunal Federal*. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets into the courts: legal opportunity structure and gay rights litigation*. Ann Labor: University of Michigan Press, 2005.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, 2015.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos – Cebrap*, São Paulo, 2018.
- BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, practices, and social movements. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 927, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004.

BRANDÃO, Lucas Coelho. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular*. 2012. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196, 2018.

BRASIL. STF. *ADPF 527*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=314765393&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-AVILA, Lina Marcela. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, Bogotá, n. 121, p. 49-76, jul./dic. 2010.

CORREIA, Fernando Alves. A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano VII, p. 35-43, 2010. Número especial.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016.

CÔRTEZ, Ana de Mello. *Em busca de diálogo e reconhecimento no STF: a atuação como amicus curiae nos casos relativos a pessoas trans*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

EPP, Charles R. *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo. ARGUELHES, Diego Werneck. *Relatório Supremo em Números: o múltiplo Supremo*. Disponível em: www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html. Acesso em: 26 out. 2020.

GARGARELLA, Roberto. ¿Por qué nos importa el diálogo? “la clausula del ‘no-obstante’”, “compromiso significativo” y audiencias públicas: un análisis empático pero crítico. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2017.

GLOPPEN, Siri. Courts and social transformation: an analytical framework. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Bodmin: MPG Books, 2006.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Um Supremo socialmente seletivo? *Jota*, 1 fev. 2016a. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/supra/um-supremo-socialmente-seletivo-01022016>. Acesso em: 26 out. 2020.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso/Brazilian Constitutional Court on a gendered perspective: decision, access and speech. *Revista Direito e Práxis*, [S. l.], v. 7, n. 3, p. 652-676, set. 2016b.

- GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- KOERNER, Andrei. Uma análise política do processo de representação de inconstitucionalidade pós-64. *Revista da Emarf*, Cadernos Temáticos, p. 299-328, 2010.
- MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Sociologia e Política*, v. 25, n. 62, p. 131-156, 2017.
- MCCANN, Michael. Litigation and legal mobilization. *The Oxford Handbook of Law and Politics*, 2008.
- MCCANN, Michael. Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos usuários. In: DUARTE, F. Koerner, A. (org.). *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal – Escola de Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Cadernos Temáticos – Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito*. Rio de Janeiro: EMAERF – TRF 2ª Região, 2010.
- MENDES, Conrado Hübner. Decisão monocrática de ministro é resposta a boicote no STF. *Época*, Rio de Janeiro, 19 dez. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/decisao-monocratica-de-ministro-resposta-boicote-no-stf-23317358>. Acesso em: 26 out. 2020.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 3, p. 1863-1908, 2017.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2013.
- SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SILVA, Virgílio Alfonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.
- VESTENA, Carolina Alves. Diagnóstico empírico sobre os limites da participação social. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, 2012.

CAPÍTULO 5

ADPF 54: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O QUE A DECISÃO REPRESENTA PARA O FUTURO DA LUTA PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Taís Penteadado

INTRODUÇÃO¹

A luta pela descriminalização do aborto está em andamento no Brasil desde os anos 1970 (BARSTED, 1992, p. 104) e, desde então, os movimentos pró-descriminalização adotaram uma miríade de estratégias, primeiro nas áreas legislativa e executiva e depois na arena judicial, para pressionar a agenda (MACHADO; MACIEL, 2017). A redação da nova Constituição brasileira em 1988 foi um momento decisivo para os movimentos sociais, pois proporcionou-lhes a possibilidade de enquadrar a questão do aborto como uma questão de direitos constitucionais e, portanto, de construir diferentes narrativas de injustiça (MACHADO; COOK, 2018, p. 187).

Essa nova abordagem baseada em direitos tem sido constante em todos os debates nacionais sobre o aborto; no entanto, desde 2003, devido a mudanças nas oportunidades políticas, a batalha pelos direitos ao aborto na arena judicial prevaleceu (MACHADO; MACIEL, 2017). Em parte, ela também pode ser explicada pelo crescente protagonismo do STF nos últimos vinte anos (VIEIRA, 2008, p. 442).

¹ Artigo produzido com apoio do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Processo n. 07715-1, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Sobre a ADPF 54, a autora do presente capítulo escreveu também outros dois artigos. O primeiro trata de uma análise da decisão a partir de argumentos desenvolvidos por autoras feministas (PENTEADO, 2020a, no prelo). O segundo trata de uma análise argumentativa detalhada, onde se busca entender a coerência interna e externa da decisão, a partir de autores que trabalham na chave da argumentação jurídica (PENTEADO, 2020c, no prelo).

O primeiro grande passo pró-descriminalização do aborto nesse âmbito deu-se por meio da propositura da ADPF 54, uma ação em controle concentrado, que tinha como pedido principal a interpretação conforme dos arts. 124, 126, 128, I e II, do Código Penal, “reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado” para proceder à interrupção da gravidez. A autora – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) –, representada pelo então advogado Luís Roberto Barroso, apontava que a interpretação que criminalizava tal conduta ia de encontro aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal – CF/88); da legalidade, da liberdade e autonomia da vontade (previstos no art. 5º, II, da CF/88); e do direito à saúde (presente nos arts. 6º e 196 da CF/88). Liminarmente, pedia-se também a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tivessem como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos e o reconhecimento do direito da gestante de proceder à interrupção da gravidez (BRASIL, 2012, p. 3).

Em junho de 2004, foi formalizada perante o Supremo Tribunal Federal a ADPF 54 – na qual o STF decidiu pela possibilidade de interrupção de gravidez em casos de feto portador de anencefalia. Esse foi o início formal do processo, que durou quase uma década.

Ainda naquele ano, o ministro Marco Aurélio, relator do caso, deferiu monocraticamente a liminar (BRASIL, 2012, p. 4). Em setembro do mesmo ano, o procurador-geral da República, Claudio Fonteles, requereu a submissão do processo ao plenário, em questão de ordem, questionando a adequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental como meio para a propositura da ação. Nesse contexto, os ministros que então compunham o Tribunal² decidiram, por maioria, (i) referendar a suspensão do andamento dos processos concedida liminarmente, vencido o Min. Cezar Peluso, (ii) revogar a permissão para a interrupção da gravidez, vencidos os ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda

2 Ministros Nelson Jobim (presidente), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau.

Pertence e (iii) admitir a ação, vencidos os ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso (BRASIL, 2005, p. 2).

O último passo antes da deliberação final foi a realização da Audiência Pública, cujas sessões ocorreram em 26 e 28 de agosto de 2008 e 4 e 16 do mês seguinte. Nessa oportunidade, puderam se manifestar entidades de diversos grupos da sociedade civil – religiosos, médicos, militantes pelos direitos das mulheres, acadêmicos e cientistas, entre outros³ (BRASIL, 2012, p. 20). O mérito da decisão só foi julgado de forma definitiva em abril de 2012, oito anos após o início formal do processo. Nessa data, o Plenário⁴ decidiu, por maioria, pela procedência da ADPF, entendendo ser inconstitucional a interpretação do Código Penal que tipifica a interrupção da gravidez em casos de fetos portadores de anencefalia.⁵

O caso logo ganhou notoriedade, passando a ser listado por acadêmicos como um dos “casos difíceis” decididos pelo STF (BARROSO, 2015, p. 42; VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 22). Além de ser considerada um exemplo “emblemático do papel iluminista da jurisdição Constitucional” (BARROSO, 2015, p. 42) no que se refere à conquista de direitos de minorias, a ADPF 54 também ficou conhecida como um dos casos em que o STF delimitou os conceitos de vida e morte.⁶

Na sociedade civil, a ADPF 54 e o seu posterior acolhimento foram enxergados como vitórias pelos movimentos sociais ligados à causa. Finalmente, o STF colocaria em pauta o tema dos direitos reprodutivos e decidiria sobre o direito de escolha (PARANHOS, 2005; DINIZ; VÉLEZ, 2007, p. 23). Esse

³ A lista exaustiva pode ser encontrada entre as páginas 19 e 30 do relatório.

⁴ Ministros Cezar Peluso (presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. O ministro Dias Toffoli não participou do julgamento.

⁵ Uma exposição detalhada dos argumentos encontra-se no item 1.

⁶ [...] nunca participei de um processo que se revestisse da magnitude que assume o presente julgamento [...] é efetivamente histórico, eis que nele estamos a discutir o alcance e o sentido da vida e da morte, [...] o Direito, em nosso País, [...] é capaz de conferir dignidade às experiências da vida e aos mistérios insondáveis da morte, possibilitando, assim, que esta Suprema Corte supere os graves desafios representados pelos dilemas éticos e jurídicos resultantes do litígio ora em debate [...] (BRASIL, 2012, p. 315); “o mais importante julgamento na história desta Corte, porque nela, na verdade, se tenta definir, no fundo, o alcance constitucional do conceito de vida e da sua tutela normativa” (BRASIL, 2012, p. 375).

entendimento é suportado pela visão do papel da decisão na constitucionização da questão do aborto, que deixou de ser enxergada como questão atinente ao direito penal puro e simples. Dentro das conquistas, Machado e Cook (2018) destacam o fato de a corte ter consolidado o entendimento pelo caráter não absoluto do direito à vida e o entendimento de que o direito à vida do feto deve ser efetivado em consonância com os direitos à saúde e ao bem-estar das mulheres (MACHADO; COOK, 2018, p. 2280).

Os efeitos concretos da decisão foram, inegavelmente, um avanço para os direitos das mulheres no país, que, de fato, passaram a dispor do direito de interromper a gravidez em casos de anencefalia, amparadas, inclusive, pelo sistema público de saúde. Ocorre, entretanto, que decisões desse tipo demandam que se olhe não só para os efeitos concretos e imediatos dela decorrentes, mas também para a argumentação proposta, pois é a argumentação que, a longo prazo, poderá oferecer espaço para que atores que recorrem ao judiciário, para verem suas demandas resolvidas, se mobilizem juridicamente (ANDERSEN, 2005). No caso em análise, a fundamentação da decisão tem especial relevância para aquelas que visam à descriminalização do aborto pela via do Judiciário, mas não só, afinal, muitas outras lutas podem se beneficiar de uma decisão protetiva de direitos, a depender da argumentação utilizada (ZIEGLER, 2018).

A forma de argumentar importa, e, por isso, o presente artigo tem o objetivo de olhar minuciosamente para os argumentos apresentados na decisão. Foi feita a escolha de analisar tão somente os votos que entenderam pela procedência da ação, já que são esses que criaram um precedente. Destes, foram recortados ainda os argumentos que apareceram em mais votos. Isso porque existem inúmeros argumentos utilizados por apenas um ou dois ministros, de forma que decidimos nos ater a uma visão geral da argumentação e não a visões específicas apresentadas por ministros em nível pessoal.

Olhamos para os argumentos que resolvem a questão posta a partir de argumentos de direito penal, que, a nosso ver, têm um impacto importante na argumentação principiológica também levada a cabo pelos ministros em seus votos. Os argumentos baseados no direito penal enfrentam duas questões principais: (1) a interrupção voluntária da gravidez em casos de anencefalia pode ser considerada uma conduta típica? (2) A interrupção da gravidez nesses casos pode ser considerada culpável?

Analizamos os argumentos pensando sobre o que eles abrem de oportunidades para discussões futuras sobre a descriminalização do aborto.

No item 1 apresentamos o mapeamento dos argumentos utilizados pelos ministros, bem como um estudo minucioso dos argumentos, visando entender suas estruturas. No item 2, discutimos o potencial dos argumentos para ampliar discussões futuras.

Como observamos, a maioria dos ministros sustentou sua decisão com base na atipicidade da conduta de interromper a gravidez em casos de anencefalia. Argumentos referentes à atipicidade sustentam-se inteiramente em dados científicos sobre o *status* do feto. Isso nos confronta com um problema jurídico, que é o fato de haver uma “naturalização” de dados científicos, quando, na verdade, é de uma escolha normativa. Tendo em vista que a escolha é normativa, argumentamos que uma solução melhor viria de um olhar interno ao direito, onde juristas de fato têm autoridade para tomar esse tipo de decisão.

A argumentação pela atipicidade apresenta essa fraqueza jurídica, mas também uma fraqueza no que se refere ao seu potencial de abrir espaço para discussões futuras sobre aborto. Ora, como uma ação em que se discute a ausência de vida de um feto pode ajudar na questão de aborto? Entendemos que esse tipo de discussão não só não ajuda como atrapalha, por trazer a questão da fisiologia do feto para a discussão.

No que se refere aos argumentos utilizados para sustentar a culpabilidade, entendemos que em uma das suas modalidades – equiparação da situação de sofrimento da anencefalia à situação de gravidez fruto de estupro, para abrangê-la pela excludente – o argumento encontra sustentação no próprio direito e traz o foco de volta para a mulher, pensando realmente sobre questões relacionadas ao seu bem-estar. Essa discussão é muito mais produtiva a longo prazo do que aquela estabelecida nos argumentos da atipicidade. O argumento não é perfeito: ele também traz dados científicos para sustentar o mal-estar psíquico causado pela anencefalia, o que, ao nosso ponto de vista, poderia ser solucionado com uma referência pura e simples ao próprio pedido de mulheres e o reconhecimento de seu sofrimento.

Ainda que dispensáveis para o deslinde da controvérsia, os ministros também recorreram ao uso de princípios. Defendemos que, se olharmos para a constitucionalização dos direitos das mulheres de maneira integrada ao argumentos de cunho não constitucional utilizados, é possível perceber que a força da referência a princípios é minada e adquire caráter retórico.

1. ARGUMENTAÇÃO PROPOSTA NA DECISÃO

A autora da ação baseou seu pedido em três argumentos principais, sendo eles: (1) a atipicidade da conduta de interromper a gravidez quando o feto

é portador de anencefalia; (2) alternativamente, a ausência de culpabilidade, tendo em vista que a situação só não está incluída no rol das excludentes pois quando da elaboração da lei não se dispunha da técnica necessária para a identificação da condição; e (3) que a interpretação dos dispositivos que incriminam o aborto como sendo aplicável a casos de anencefalia fere a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade e o direito à saúde. Ou seja, temos de um lado argumentos que analisam a questão à luz das categorias do direito penal, sendo, portanto, mais técnicos, e, por outro, argumentos principiológicos, os quais, ainda que geralmente mais subjetivos, são, no caso concreto, conceptualizados em sentidos muito claros pela CNTS.⁷

O STF entendeu pela procedência da ação por oito a dois: os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello entenderam pela procedência, enquanto os ministros Lewandowski e Cezar Peluso entenderam pela improcedência da ação.

Dos oito ministros que entenderam pela procedência, todos analisaram a questão a partir das categorias do direito penal. No que se refere ao primeiro argumento apresentado pela CNTS – atipicidade da conduta –, os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ayres Britto entraram na discussão sobre o *status* fisiológico do feto anencéfalo, de forma a definir seu *status* jurídico. Os ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes, por sua vez, preferiram analisar a questão do ponto de vista da culpabilidade.

Os ministros que entenderam pela atipicidade basearam seus argumentos, principalmente, na ausência de potencial de vida do feto anencéfalo, o

7 Todas as referências feitas a trechos de peças (Decisão, Petição inicial e Alegações finais) foram colocadas em notas de rodapé. Essa opção foi feita uma vez que serão muitas referências ao longo do artigo e, especialmente na parte do mapeamento, citações no texto deixariam o trabalho visualmente poluído e dificultariam a compreensão. Decidimos indicar nas notas de rodapé tão somente o ponto em que os trechos podem ser encontrados nas peças. A única exceção foi a seção do mapeamento dos argumentos principiológicos, pois esses argumentos envolvem uma complexidade maior, como se verá. Sempre indicamos a página do Acórdão em que o argumento pode ser encontrado. Essas referências são feitas com base na paginação do PDF do inteiro teor do Acórdão. O *link* para esse arquivo pode ser encontrado nas referências ao final do trabalho. Para citações teóricas, utilizamos a forma de citação direta.

que o retira do âmbito da proteção oferecida pela proibição do aborto,⁸ e pelo fato de a anencefalia ser análoga à morte cerebral, o que retira a proteção jurídica do feto em geral.⁹ Tanto a ausência de vida do feto¹⁰ quanto a ausência de potencialidade¹¹ do feto foram sustentadas em dados de caráter técnico-científico.

A culpabilidade da conduta, por sua vez, foi analisada, principalmente, pela interpretação evolutiva da restrição ao aborto.¹² Ressalta-se aqui que, ainda que os ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux tenham abordado a questão somente a partir da culpabilidade, todos os outros ministros também se engajaram nesta discussão

Após elaborarem a questão com base em categorias do direito penal, os ministros passaram a analisar a questão com base em argumentos principiológicos. Neste ponto, passa-se a verificar se a interpretação do conjunto normativo do aborto que criminaliza a mulher portadora de feto anencefálico viola certos princípios, quais seriam os princípios violados e como eles seriam violados. No que se refere aos princípios, temos que todos entraram, em algum ponto de seu voto, em discussões principiológicas. O princípio mais intuitivo a ser aplicado na situação seria o da legalidade, pois, se foi decidido que uma conduta não é crime, a interpretação de dispositivos que a criminaliza fere a legalidade, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei. Entretanto, o único que lançou mão, exclusivamente, desse princípio foi o ministro Gilmar Mendes, que disse ser inadequado tratar da questão do ponto de vista da ponderação de princípios, por se tratar de um “desacordo moral

8 Min. Rosa Weber, p. 108, Min. Joaquim Barbosa, p. 150-152, e Min. Marco Aurélio, p. 54-55, Min. Ayres Britto, p. 257-260.

9 Min. Marco Aurélio, p. 58; Min. Cármen Lúcia, p. 214; Min. Joaquim Barbosa, p. 151; Min. Rosa Weber, p. 109; Min. Ayres Britto, p. 260, Min. Rosa Weber, p. 108-109; Min. Celso de Mello, p. 350.

10 Min. Marco Aurélio, p. 44-45, 54; Min. Cármen Lúcia, p. 214; Min. Ayres Britto, p. 260.

11 Min. Joaquim Barbosa, p. 147; Min. Cármen Lúcia, p. 212-214; Min. Ayres Britto, p. 263; Min. Gilmar Mendes, p. 286; Min. Luiz Fux, p. 157.

12 Min. Gilmar Mendes, p. 295; Min. Rosa Weber, p. 113; Min. Luiz Fux, p. 166; Min. Marco Aurélio, p. 56; Min. Cármen Lúcia, p. 220; Min. Joaquim Barbosa, p. 152.

razoável”.¹³ Os outros sete ministros utilizaram os outros princípios propostos (Dignidade Humana, Saúde e Autodeterminação).

A Petição Inicial baseou seu pedido na violação de princípios muito claros e delimitados. Na decisão, verificamos o uso dos quatro princípios propostos pela CNTS – ainda que não vinculados necessariamente às mesmas palavras utilizadas pela CNTS. Em vista da confusão gerada, decidimos agrupar os princípios em torno das quatro “ideias” que apareceram, ignorando os nomes que foram utilizados para tratar deles. Como se verá, abaixo, o termo “dignidade” é ora utilizado com o significado de “integridade” (para tratar da situação da analogia à tortura), ora com o significado de “autodeterminação”. Ao tratarem da ideia de “autodeterminação”, por sua vez, os ministros usaram diversos termos, como “liberdade”, “direito de escolha” e “liberdade sexual”, por exemplo. Assim, como as palavras são muitas, mas as ideias são análogas às propostas pela CNTS, classificamos de acordo com o significado.

Utilizados em menor escala temos também argumentos de cunho político, que não apareceram em todos os votos e nem da mesma maneira, argumentos de precedente, também diversificados, argumentos baseados no papel da corte e argumentos baseados no papel do direito. Esses foram deixados de lado nesta análise.

1.1. PARA SUSTENTAR A ATIPICIDADE DA CONDUTA

1.1.1. ANALOGIA COM A LEI N. 9.434/1997 (LEI DE TRANSPLANTES)¹⁴

Argumento utilizado para sustentar a atipicidade da conduta, com base na falta de objeto.

¹³ “Penso ser inadequado, portanto, tratar do tema aborto de fetos anencéfalos sobre o prisma da atipicidade do fato, ou da ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto. Por outro lado, também não me impressiona o argumento pragmático segundo o qual o aborto deve ser tratado como assunto de saúde pública. Questões capazes de gerar *desacordos morais razoáveis* em sociedades plurais tornam-se logo assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem reduzidos a um olhar preponderantemente pragmático”. Min. Gilmar Mendes, p. 289.

¹⁴ A apresentação dos argumentos nesse formato também foi incluída no trabalho “Análise argumentativa da ADPF 54: Um olhar crítico sobre o rigor da argumentação proposta e sobre o que a decisão de fato representa”, entretanto esta versão contém algumas correções/modificações, especialmente nos pontos 3, 5 e 9.

*De acordo com a Lei de Transplantes, a morte encefálica é o marco para o fim da vida. Feto anencéfalo é natimorto cerebral. Logo, por analogia, é possível dizer que ele está juridicamente morto (Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Ayres Britto).*¹⁵

1.1.2. INTERPRETAÇÃO DA LEI N. 9.434/1997 A CONTRARIO SENSU

Interpretação utilizada para definir o que é vida para o direito brasileiro.

*De acordo com a Lei de Transplantes, a morte encefálica significa o fim da vida. A contrario sensu, pode-se dizer que o início da vida se dá com o início da atividade cerebral, o que não ocorre com o anencéfalo. Assim, o feto anencéfalo não tem proteção jurídica (Rosa Weber e Celso de Mello).*¹⁶

1.1.3. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO CRIME DE ABORTO EM CONJUNTO COM ARGUMENTO PRAGMÁTICO-CIENTÍFICO QUE RETIRA A TUTELA PENAL DO FETO ANENCÉFALO

Argumento utilizado para sustentar a atipicidade da conduta, com base na falta de objeto.

Aborto protege vida em potencial. Como feto anencéfalo carece de potencial de vida, não é tutelado pelo tipo de aborto.

Foram mapeadas quatro variações deste argumento (interpretação restritiva do tipo de aborto), que diferem entre si na maneira pela qual os ministros chegaram à conclusão de que o que se protege é o “potencial de vida”.

Varição 1: interpretação restritiva do aborto fundamentada em interpretação sistemática do conceito de vida no direito.¹⁷ A ministra Rosa Weber recorre ao biodireito e entende que, como a morte é definida como ausência de atividade cerebral, *a contrario sensu*, a vida é a existência de atividade cerebral. Em seguida, recorre à ADI 3.510/DF indicando que a vida lá definida diz respeito a capacidades humanas. Conclui que o que o aborto protege é esse potencial de vida (Rosa Weber).¹⁸

Varição 2: interpretação restritiva do aborto fundamentada em interpretação sistemática do crime de aborto em vista dos outros crimes contra a vida. Para o ministro, o fato de os crimes contra a vida protegerem

¹⁵ Min. Marco Aurélio, p. 58; Min. Cármen Lúcia, p. 214; Min. Joaquim Barbosa, p. 151; Min. Rosa Weber, p. 109; Min. Ayres Britto, p. 260.

¹⁶ Min. Rosa Weber, p. 108-109; Min. Celso de Mello, p. 350.

¹⁷ Min. Rosa Weber, p. 111.

¹⁸ Min. Rosa Weber, p. 108.

a vida humana em diferentes graus indica que o que o aborto protege é a vida em potencial (Joaquim Barbosa).¹⁹

Varição 3: interpretação restritiva do aborto baseada no decidido na ADI 3.510/DF (Marco Aurélio).²⁰

Varição 4: interpretação restritiva do aborto sem fundamentação para a definição do que se protege com o tipo (no caso, vida em potencial) (Ayres Britto).²¹

1.1.4. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA SUBJETIVA DO TIPO DE ABORTO

Como a intenção do legislador era proteger feto viável, assim, só não contemplou interrupção de gravidez no caso de anencéfalo por não dispor dos meios técnicos adequados para identificar a doença (Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia).²²

1.2. PARA SUSTENTAR A AUSÊNCIA DE CULPABILIDADE

1.2.1. ARGUMENTO PRINCIPIOLÓGICO BASEADO NA DESPROPORCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO

Argumento utilizado para sustentar a ausência de culpabilidade da mulher que interrompe a gravidez.

Os danos causados à saúde física e mental da mulher em caso de gravidez de anencéfalo configuram estado de necessidade justificante, logo, a criminalização da interrupção é desproporcional (Luiz Fux).²³

1.2.2. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DO CÓDIGO PENAL

Interpretação teleológica subjetiva do tipo aborto – visando entender o que o legislador de 1940 pretendia proteger – e, em um segundo momento, adaptar a proteção feita aos conhecimentos médicos dos quais dispomos atualmente.

¹⁹ Min. Joaquim Barbosa, p. 150-152.

²⁰ Min. Marco Aurélio, p. 54-55.

²¹ Min. Ayres Britto, p. 257-60.

²² Min. Marco Aurélio, p. 56; Min. Cármen Lúcia, p. 220; Min. Joaquim Barbosa, p. 152.

²³ Min. Luiz Fux, p. 164-165.

*Como o legislador visava proteger a saúde física e psíquica da mulher por meio das excludentes, teria feito o mesmo se soubesse que o diagnóstico de anencefalia, desconhecido em 1940, causa tais danos (Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux).*²⁴

1.2.3. ARGUMENTO *A FORTIORI* (*AD MAJORI, AD MINUS*)

Argumento utilizado em diversos contextos, mas, principalmente, quando já estabelecido que a conduta não é criminosa, exceto nos casos dos ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux, que o utilizam para sustentar a culpabilidade. Por exemplo, o ministro Marco Aurélio utilizou este argumento para sustentar que o direito à vida do feto não é absoluto; a ministra Rosa Weber e o ministro Gilmar Mendes, no contexto da interpretação evolutiva, e o ministro Joaquim Barbosa, no contexto da interpretação teleológica objetiva das excludentes.

*Se o legislador permitiu o aborto em casos de estupro ou de perigo à vida da mãe, quando o feto é plenamente viável, de forma a tutelar algum outro interesse, o mesmo pode ser feito com um feto que está juridicamente morto ou quando ele é inviável (Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes).*²⁵

1.3. ARGUMENTOS PRINCIPOLÓGICOS

No que se refere ao mapeamento dos princípios, entendemos ser necessário um formato um pouco diferente do que foi utilizado até este ponto para apresentar os argumentos. Isso porque, ainda que os ministros utilizem muitos princípios, como se verá, às vezes um mesmo “nome” pode ter mais de um conteúdo. Nesse sentido, não dividiremos os argumentos somente de acordo com o nome que foi dado ao princípio, mas sim conforme o conteúdo conferido ao princípio. Verificamos nos votos três princípios: “Legalidade”, “Dignidade como integridade” e “Autodeterminação”.

1.3.1. LEGALIDADE

A ideia de legalidade encontrada nos votos refere-se à ideia de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

²⁴ Min. Gilmar Mendes, p. 295; Min. Rosa Weber, p. 113; Min. Luiz Fux, p. 166.

²⁵ Min. Marco Aurélio, p. 56; Min. Rosa Weber, p. 113; Min. Joaquim Barbosa, p. 150; Min. Luiz Fux p. 166; Min. Cármen Lúcia, p. 201.

Essa ideia foi expressa pelo uso dos termos:

- *Legalidade* (Gilmar Mendes).²⁶
- *Liberdade de escolha* (Rosa Weber).²⁷

1.3.2. DIGNIDADE HUMANA COMO INTEGRIDADE

Nessa categoria, a violação da Dignidade Humana está relacionada à violação da integridade, seja ela física ou psíquica. Decidimos chamá-la “Dignidade Humana como integridade”, pois, como se verá, alguns ministros utilizam o termo “dignidade” para tratar de “autodeterminação”.

Essa ideia foi expressa pelo uso dos termos:

- *Dignidade Humana* (Cármen Lúcia,²⁸ Ayres Britto).²⁹
- *Saúde psíquica*(Gilmar Mendes).³⁰
- *Dor moral* (Luiz Fux).³¹
- *Imenso sofrimento* (Celso de Mello).³²

²⁶ Min. Gilmar Mendes, p. 293.

²⁷ “Sendo atípico o fato, a proibição da retirada do feto anencefálico ou da antecipação do parto fere a liberdade de escolha da gestante” (Min. Rosa Weber, p. 112).

²⁸ Min. Cármen Lúcia, p. 173: “Fundamentei o meu voto, tal como fez o Relator, Ministro Marco Aurélio, exatamente no princípio constitucional da dignidade da vida e também no direito à saúde, mas principalmente no direito à dignidade da vida [...]. Quando o berço se transforma num pequeno esquiife, a vida se entorta, porque a mulher que teria que estar carregando aquele pequeno berço, para preservar aquela vida com todo cuidado, se vê às voltas com algo com o qual tem que lidar de uma forma muito solitárias”.

²⁹ Min. Ayres Britto, p. 265: “A mulher já sabe por antecipação que o produto da sua gravidez, longe de, pelo parto, cair nos braços aconchegantes da vida, vai se precipitar – digamos assim – no mais terrível dos colapsos. É o colapso da luz da vida. O feto anencefalo não passa de um organismo prometido à inscrição do seu nome não no registro civil, mas numa lápide mortuária. Por isso que levar às últimas consequências esse martírio contra a vontade da mulher corresponde à tortura, a tratamento cruel”.

³⁰ Min. Gilmar Mendes, p. 292: “[...] o aborto do feto anencefalo tem por objetivo precipuo zelar pela saúde psíquica da gestante, uma vez que, desde o diagnóstico da anomalia (que pode ocorrer a partir do terceiro mês de gestação) até o parto, a mulher conviverá com o sofrimento de carregar consigo um feto que não conseguirá sobreviver, segundo a medicina afirma com elevadíssimo grau de certeza”.

³¹ Min. Luiz Fux, p. 154: “[...] o tema reclama uma análise com dados científicos sobre a justeza da criminalização de uma gestante que realiza o aborto de feto anencefálico por não suportar a dor moral de carregar no seu ventre, durante nove meses, um filho em relação ao qual ela assiste à missa de sétimo dia por uma imposição supostamente legal”.

³² Min. Celso de Mello, p. 316: “[...] imenso sofrimento a que esta estará sujeita, por meses a fio, submetendo-se, inutilmente, às transformações físicas e psicológicas trazidas pela gravidez”.

1.3.3. AUTODETERMINAÇÃO

A ideia de autodeterminação utilizada nos votos assemelha-se à proposta pela CNTS em seu “fundamento moral da ação”, ou seja, diz respeito à não interferência do Estado na decisão da mulher.

Essa ideia foi expressa pelo uso dos termos:

- *Autodeterminação* (Marco Aurélio).³³
- *Liberdade reprodutiva* (Rosa Weber).³⁴
- *Direitos Sexuais e Reprodutivos* (Joaquim Barbosa;³⁵ Celso de Mello).³⁶
- *Privacidade* (Marco Aurélio).³⁷
- *Direito de escolha* (Rosa Weber).³⁸

- ³³ Min. Marco Aurélio, p. 68: “A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres”.
- ³⁴ Min. Rosa Weber, p. 134: “[...] obrigar a mulher a prosseguir na gravidez fere, como bem pontuado da tribuna, seu direito à liberdade reprodutiva, [...] Proteger a mulher, em hipótese tal de inviabilidade de vida extrauterina para o feto, é garantir concretamente a sua liberdade de escolha sobre o papel reprodutivo que lhe cabe, reconhecendo-lhe direito fundamental”.
- ³⁵ Min. Joaquim Barbosa, p. 150: “[...] cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher [...] nos limites ora esposados”.
- ³⁶ Min. Celso de Mello, p. 317: “A irrecusável magnitude do direito à vida e a discussão em torno de sua titularidade [...], impõem o confronto de tais valores com aqueles *que se fundam nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres*, ainda mais se se tiver presente, *sob tal aspecto*, que esses direitos – entre os quais se acham o de praticar, *sob determinadas condições*, o aborto seguro (*‘safe abortion’*), o de controlar a própria fecundidade e o de decidir, de forma livre, autônoma e responsável, sobre questões atinentes à sua sexualidade – representam projeção expressiva dos direitos humanos reconhecidos, *às mulheres*, pelas sucessivas Conferências internacionais promovidas pela ONU”.
- ³⁷ Min. Marco Aurélio, p. 37: “[...] é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam”.
- ³⁸ Min. Rosa Weber, p. 135: “Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. E é isto que se

- *Dignidade Humana* (Cármen Lúcia;³⁹ Joaquim Barbosa).⁴⁰

1.3.4. REFERÊNCIA EXPRESSA AO MÉTODO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Varição 1: vida inviável X direitos da mãe com prevalência dos direitos da mãe (Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Celso de Mello).⁴¹

Varição 2: prevalência da vida do feto (Gilmar Mendes).⁴²

2. PENSANDO NO FUTURO: O QUE OS ARGUMENTOS REPRESENTAM?

2.1. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAM A ATIPICIDADE

O que chama a atenção dos argumentos utilizados para sustentar a atipicidade é o seu caráter cientificista, ou seja, o quanto esses argumentos se baseiam na fisiologia do feto.

discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida. Em outras palavras, esta ADPF muito mais do que da liberdade da mulher (o que já seria muitíssimo valioso), diz com a densidade concreta a se dar à concepção jurídica de *liberdade*, sob o manto da Constituição-cidadã de 1988”.

- ³⁹ Min. Cármen Lúcia, p. 231-235: “A esta mulher [portadora de gravidez de feto anencefálico] não fica a possibilidade de ‘medir sua posse do mundo, (mas) não é possível medir no abstrato a carta que constitui para a mulher a função geradora: ... só a sociedade pode decidir dela. Segundo essa sociedade exija maior ou menor número de nascimentos, segundo as condições higiênicas em que se desenvolvam a gravidez e o parto, a escravização da mulher à espécie faz-se mais ou menos estreita. ...’ (BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, 9ª impressão, p. 55) [...] o respeito a esta escolha é o respeito ao princípio da dignidade humana”.
- ⁴⁰ Min. Joaquim Barbosa, p. 149: “[...] ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal”.
- ⁴¹ Min. Marco Aurélio, p. 68; Min. Rosa Weber, p. 135; Min. Cármen Lúcia, p. 199; Min. Celso de Mello, p. 351.
- ⁴² Min. Gilmar Mendes, p. 290.

Por causa disso, consideramos este argumento bastante problemático.

Do ponto de vista estritamente jurídico, apesar de os participantes da audiência pública provindos da área da saúde terem se posicionado majoritariamente a favor da não condenação de mulheres grávidas de fetos anencéfalos, não se verifica um consenso sobre o *status* fisiológico do feto. Isso se expressa de forma clara na argumentação dos ministros, na medida em que encamparam entendimentos distintos sobre a ausência de vida do feto, por sua vez baseados em dados científicos distintos: alguns ministros entendem que o anencéfalo está vivo (Luiz Fux e Cezar Peluso), outros que o feto é um morto cerebral (Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Ayres Britto);⁴³ e ainda uma terceira corrente entende que o feto não tem potencial de vida (Joaquim Barbosa, Cármen Lucia, Ayres Britto).⁴⁴

As premissas empíricas de caráter científico são problemáticas na medida em que “o necessário conhecimento empírico muitas vezes não está disponível com o desejado grau de certeza” (ALEXY, 2001, p. 226). Como se sabe, o direito tem seus próprios mecanismos de determinação da veracidade de fatos. Geralmente, disposições jurídicas atribuem a certos indivíduos a autoridade de determinar se um fato é verdadeiro ou não, de acordo com um procedimento específico, o que permite a um fato bruto transformar-se em “fato institucional” (MACCORMICK, 2008, p. 95). Nesse contexto, a veracidade não estaria necessariamente ligada à correspondência entre o que se afirma e a realidade, mas à autoridade e ao procedimento por meio do qual se determinou a verdade (MACCORMICK, 2008, p. 96).

É fácil enxergarmos a possibilidade de uma verdade institucional sobre um fato empírico que constitua uma premissa menor em casos de acontecimentos. Por exemplo, se x matou y, um tribunal do júri terá a autoridade para decidir, de acordo com provas devidamente recolhidas e preservado o contraditório das partes. Ocorre que, no caso em tela, os fatos empíricos são, no mais das vezes, dados técnico-científicos recolhidos em audiências públicas, o que muda um pouco a situação, tendo em vista que não há um procedimento que circunscreva o estabelecimento da verdade, como é o caso da fase probatória de um processo.

⁴³ Min. Marco Aurélio, p. 44-45 e p. 54; Min. Cármen Lúcia, p. 214; Min. Ayres Britto, p. 260.

⁴⁴ Min. Joaquim Barbosa, p. 147; Min. Cármen Lúcia, p. 212-214; Min. Ayres Britto, p. 263.

Admitamos que uma verdade científica dependa do método e do ponto de vista adotados, mas que, dentro de seus limites, seja universalmente válida (JASPERS, 1960, p. 109). Mesmo assim, existem controvérsias no meio científico e, nesse caso, devemos nos perguntar qual seria o procedimento por meio do qual se verifica a credibilidade dos fatos da premissa menor, quando um ministro *escolhe* um fato dentre vários apresentados. Os ministros têm a autoridade para determinar fatos institucionais a partir de suas convicções, mas a justificação externa da premissa menor está condicionada à “fundamentação da sentença, de acordo com regras de lógica e máximas de experiência” (LUNARDI; DIMOULIS, 2015, p. 187).

A questão é ainda mais interessante em casos de controvérsias morais, pois argumentos empíricos técnico-científicos que fundamentam concepções de vida geralmente são escolhidos de acordo com a concepção moral que aquele que os escolhe tem para si (MACKLIN, 1985, p. 81).⁴⁵

Pensando sobre o que se tira de positivo do argumento a longo prazo, argumentos desse tipo são muito problemáticos. Tratar da questão a partir do *status* fisiológico do feto é instrumentalmente negativo, pois, ao trazer a discussão para o campo do debate sobre a vida do feto, ela dificulta, em muito, o desenvolvimento de um debate produtivo sobre o aborto. Isso porque a maioria das concepções sobre a vida que permeiam este debate é calcada em crenças inegociáveis e apaixonadas, ainda que justificadas ou justificáveis em termos médicos “racionais” (MACKLIN, 1985, p. 81). Assim, não são poucas as autoras feministas que defendem que a discussão da descriminalização do aborto se dê não negando a vida do feto, mas aceitando-a (MACKINNON, 1989, p. 185; SIEGEL, 1995, p. 43) e partindo para outros argumentos independentes desta questão.

A ideia de pautar o debate do aborto em termos que não sob a perspectiva da vida do feto parece ter sido exatamente a abordagem originalmente pensada pela equipe idealizadora da ADPF 54 para a argumentação proposta: em texto de 2007 – ou seja, anterior à decisão definitiva –, Debora Diniz e Ana Cristina Gonzalez Vélez, acadêmicas e militantes pró-aborto ligadas à construção da ação, apontaram que a anencefalia teria sido um “recurso

⁴⁵ Reflexão semelhante é apresentada pela autora em: *Análise argumentativa da ADPF 54: reflexões sobre a coerência interna e externa da decisão* (PENTEADO, 2020c, no prelo).

metodológico para a imposição de uma nova argumentação ao permitir suplantando a retórica cristã tradicional do aborto como um atentado a uma vida em potencial [...]” (DINIZ;VÉLEZ, 2007, p. 23). Assim, ao atestar a inviabilidade fetal, o debate sobre a anencefalia teria sido, segundo as autoras, capaz de “suplantar o dilema moral paralisante sobre a moralidade do aborto”, ainda que uma democracia laica não precisasse de consenso religioso sobre o início da vida para legalizar o aborto (DINIZ;VÉLEZ, 2007, p. 23).

Ocorre que, indo na contramão do que as autoras pensavam em 2007, a ADPF 54 não “suplantou” o dilema moral paralisante; ao contrário, como demonstrado acima, dos oito ministros que votaram pela procedência, seis entenderam pela atipicidade da conduta, baseando seus votos em longas discussões sobre a vida do feto – o que não é surpreendente, tendo em vista que a própria Petição Inicial apresenta como primeiro argumento o fato de a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos ser uma conduta atípica, pela ausência de vida ou potencial de vida do feto.

Parece que a questão da vida do feto é tão presente e tão sensível que até quando pensamos que ela não existe, pois há “certeza científica da impossibilidade da vida extrauterina do feto” (DINIZ;VÉLEZ, 2007, p. 23), é levada em consideração. Esse fato nos faz refletir sobre a melhor estratégia: se seria “sair pela tangente”, tentando promover um debate após constatada a inviabilidade do feto, ou se, tendo em vista o alto teor moral envolvido na questão, não seria melhor apenas assumir que o feto tem vida e que poderia vir a ser uma pessoa, mas que existem outras questões a serem sopesadas na situação.

2.2. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAM A AUSÊNCIA DE CULPABILIDADE

Os ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes abordaram a questão sob a perspectiva da culpabilidade. De acordo com o ministro Gilmar Mendes, “[...] a ausência concreta de violação ao bem jurídico é causa de atipicidade da conduta. Ocorre que a tese [da atipicidade] pressupõe a aceitação – *não consensual* – de que o feto anencefalo não merece proteção jurídica, mormente em face de sua “inviabilidade fisiológica”.⁴⁶ O ministro Luiz Fux, por sua vez, nega o argumento de que o feto não tem vida. Ele considera a conduta como aborto de forma explícita.

⁴⁶ Min. Gilmar Mendes, p. 288.

Por mais que os ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes tenham analisado a questão à luz da culpabilidade, ambos aproximaram a situação de excludentes de ilicitude distintas e ambos se engajam em interpretações distintas para defender a inexistência de culpabilidade.

O ministro Luiz Fux traz um argumento baseado na desproporcionalidade da penalização de mulheres. Segundo ele, os danos causados à saúde física e mental da mulher em caso de gravidez de anencéfalo configuram estado de necessidade justificante, logo, a criminalização da interrupção é desproporcional.⁴⁷ Ao aproximar a situação do aborto de feto anencéfalo da excludente que privilegia a saúde da mãe em detrimento do feto, o ministro Luiz Fux utiliza também uma abordagem baseada em ciência,⁴⁸ mas, dessa vez, existe a vantagem de a discussão se desenvolver em torno dos interesses da mulher.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, procede para interpretação evolutiva, entendendo que, se fosse possível identificar a anencefalia em 1940, o legislador teria incluído mais uma excludente de ilicitude. Para o ministro Gilmar Mendes, o sofrimento causado pela situação de anencefalia seria uma situação semelhante àquela contemplada pela chamada “excludente sentimental”, que tira a culpabilidade do aborto quando a gravidez foi causada por estupro.

O ministro Cezar Peluso também se engaja em interpretação teleológica das excludentes de ilicitude, ainda que em contexto distinto, e chega a conclusão diametralmente oposta à defendida pelo ministro Gilmar Mendes.

Para o ministro Cezar Peluso, o aborto de anencéfalo não é contemplado pela excludente de aborto em caso de estupro porque as situações são diferentes. No caso do estupro, há o que o ministro chama de “violência injusta”. Entretanto, o ministro não entende o injusto como derivado da violência em si e do sofrimento da mulher, como o faz o ministro Gilmar Mendes, mas do fato de a gravidez ser fruto de um crime e, portanto, alheia à vontade da mulher. Parece que, para o ministro, o que está por trás dessa excludente é a falta de culpa da mulher pela gravidez.⁴⁹

⁴⁷ Min. Luiz Fux, p. 164-165.

⁴⁸ Min. Luiz Fux, p. 162-163.

⁴⁹ Min. Cezar Peluso, p. 408-409. Grifos do próprio Ministro.

Temos que a interpretação teleológica das excludentes pode levar a direções opostas no que se refere à culpabilidade da mulher, a depender do que se entende como protegido pela norma, sendo os dois entendimentos identificados: (i) o sofrimento da mulher (min. Gilmar Mendes); e (ii) a injustiça derivada da inevitabilidade da gravidez fruto de crime (min. Cezar Peluso).

Nesse caso, há discordância, mas esta não se baseia em argumentos científicos distintos, e sim na interpretação conferida pelos ministros à norma. Como colocado acima, no direito, esse tipo de discordância é possível e preferível a discordâncias científicas, afinal, os ministros são juristas qualificados a defender interpretações distintas da norma, o que se dá por meio de um processo de justificação que não há quando da escolha discricionária de dados científicos.

Como um último comentário estritamente jurídico: o resultado da ADPF 54 foi a inclusão de uma excludente de ilicitude no rol do art. 128 do Código Penal. Tendo em vista esse resultado, a argumentação pela via da culpabilidade faz muito mais sentido. Afinal, se a conduta não é crime, não precisa de excludente.

Quanto ao futuro, o argumento apresentado pelo ministro Gilmar Mendes é melhor que os argumentos pela atipicidade, uma vez que traz a mulher para o centro da discussão. Parece ser também melhor que o do ministro Fux, por sua escolha de aproximar a situação da anencefalia da excludente de aborto em caso de estupro. Isso pois entender que a excludente tem o objetivo de proteger a mulher do sofrimento é mais fácil do que argumentar que a proteção da saúde se assemelha à proteção da vida – ainda que, em outro lugar, eu discorde dessa interpretação (PENTEADO, 2020a, no prelo) – do que justificar o porquê de o legislador ter deixado a saúde da mulher de lado quando escolheu proteger só a sua vida.

Apesar de ser melhor do que os outros, o argumento do ministro Gilmar Mendes não é perfeito, pois, infelizmente, ele recorreu a dados científicos para “atestar” o sofrimento da mulher.⁵⁰ Recorrer à ciência, neste caso, é comum: juristas tentam mitigar a “subjetividade” atrelada a posicionamentos femininos com diagnósticos “imparciais” e “objetivos” médicos

⁵⁰ Min. Gilmar Mendes, p. 286.

(MACKINNON, 2005, p. 135), o que é uma invalidação desnecessária do que sentem as mulheres. Ora, se a mulher diz que sofre, por que não utilizar isso como justificativa?

2.3. ARGUMENTOS PRINCIPOLÓGICOS

No que se refere à argumentação principiológica, houve consenso de que a criminalização da conduta violava a dignidade da mulher – sendo, inclusive, aproximada à condição de tortura; a criminalização também ia de encontro à autonomia da mulher e gerava graves danos físicos e psíquicos à gestante. Ocorre, no entanto, que, a todo tempo, a discussão da questão à luz dos princípios esteve condicionada à situação extraordinária do feto anencéfalo. Nesse sentido, a obrigatoriedade de manutenção da gravidez contra a vontade da gestante não era degradante por si só – mas porque o feto estava juridicamente morto ou então porque iria morrer logo. O mesmo acontece no caso da liberdade e da autonomia: parece até anedótico, mas o que se retira desses argumentos é que uma mulher tem o direito de fazer algo que não é crime. Um trecho que ilustra bem a situação retratada é a colocação do ministro Joaquim Barbosa de que, “em última análise, a presente ADPF cuida da tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extrauterina é absolutamente inviável”.⁵¹

Foi feita a opção de colocar “menções expressas à ponderação de princípios” em uma categoria separada no mapeamento justamente para que fosse possível ter uma visão do que estava em jogo para os ministros. Como visto, o conflito entre direitos, quando admitido, era apresentado como direitos da mãe *versus* vida do feto anencéfalo. Não podemos afirmar qual foi a dificuldade real dos ministros, porque esta é uma questão muito subjetiva, mas não parece o tipo de situação que caracterizaria um “*hard case*”, especialmente tendo em vista que seis dos oito ministros utilizaram pelo menos um argumento que considera o feto juridicamente morto (analogia ou interpretação *a contrario sensu*). Considerando-se o feto inviável, até haveria maior dificuldade, pois, como demonstrado, a passagem do “não ter potencialidade

⁵¹ Min. Joaquim Barbosa, p. 147.

de vida” ao “não ter proteção jurídica” é mais complicada. Entretanto, na medida em que se define o feto anencéfalo como juridicamente morto, nem essa questão existe. Nas palavras do ministro Marco Aurélio, “No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente”.⁵²

Uma visão integrada dos argumentos mais presentes na decisão coloca em xeque a importância real da argumentação principiológica. Sobre os argumentos principiológicos, podemos concluir então que a decisão não deixou de garantir a dignidade, a liberdade, a autonomia, a privacidade e o direito à saúde da mulher, mas a garantiu de forma condicionada. Uma argumentação nessa via demanda, portanto, que se debruce sobre uma série de desafios impostos por um aborto de feto não anencefálico. Não é impossível fazer isso, mas também não é simples.

CONCLUSÃO

Este artigo visa oferecer uma contribuição ao debate sobre aborto no Brasil, em especial àquele que tem se dado na esfera judicial. Consideramos a ADPF 54 um importante passo em direção à conquista da luta pela descriminalização, mas, ao mesmo tempo, temos um olhar cético sobre a forma como a decisão se deu. Primeiro, pelo fato de a argumentação poder ser considerada frágil no que se refere ao debate quanto à fisiologia do feto e quanto ao seu *status* jurídico. Em segundo lugar, pelo fato de uma análise que integra os argumentos de direito penal com argumentos propriamente constitucionais, como os principiológicos, demonstrar uma fragilidade destes últimos, pelo seu caráter retórico. Da forma como vemos, a ADPF foi um passo em direção à descriminalização, mas um passo não muito largo, uma vez que, em termos do que se criou como futuras formas de argumentar pelo direito, ela demanda a superação de uma série de desafios. Isso não significa dizer, entretanto, que a descriminalização do aborto não encontre caminhos mais fáceis por outros argumentos traçados pelo STF, em outras ocasiões (PENTEADO, 2020b, no prelo).

⁵² Min. Marco Aurélio, p. 33.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets and into the courts: legal opportunity structure and gay rights litigation*. Ann Arbor, MI: Univ. of Michigan Press, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, 2015. Disponível em: <http://www.publicaco-esacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180/pdf>. Acesso em: 6 dez. 2015.
- BARSTED, Leila Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista. *Revista Estudos Feministas*, Rio de Janeiro, IFCS/UFRJ, v. 0, n. 1, p. 104-130, 1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem em ADPF 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. J. em: 27.04.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339133>. Acesso em: 7 dez. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. J. em: 12.04.2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 7 dez. 2015.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Sacredness of the constitutional text and interpretative heresy: the Brazilian Supreme Court decision on same-sex civil unions. *Direito GV Research Paper Series*, São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – Legal Studies Paper n. 91, mar. 2014.
- DINIZ, Debora; VÉLEZ, Ana Cristina Gonzalez. Aborto e razão pública: o desafio da anencefalia no Brasil. *Mandrágora*, v. 13, n. 13, 2007. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/MA/article/viewFile/5550/4536>. Acesso em: 7 dez. 2015.
- JASPERS, Karl. *Ciência e verdade*. Texto escrito para conferência produzida por ocasião dos 500 anos da Universidade da Basileia, em 30 de junho de 1960. Disponível em: http://www.oquenosfazpensar.com/adm/uploads/artigo/traducao_carl_jaspers_ciencia_e_verdade/n1carl.pdf. Acesso em: 6 dez. 2015.
- LUNARDI, Soraya; DIMOULIS, Dimitri. A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial? *Sequência*, Florianópolis, v. 36, n. 71, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15052>. Acesso em: 2 jan. 2016.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACHADO, Marta; MACIEL, Debora. The battle over abortion rights in Brazil's State Arenas, 1995-2006. *Health and Human Rights Journal*, [s. l.], v. 19, n. 1, June 2017. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2017/06/the-battle-over-abortion-rights-in-brazils-state-arenas-1995-2006/>. Acesso em: nov. 2019.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 185-231, set./dez. 2018. DOI: 10.5380/rinc at 187. v5i3.60973. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60973/37524>. Acesso em: nov. 2019.
- MACKINNON, Catharine A. *Women's lives, man's laws*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

- MACKINNON, Catharine A. *Toward a feminist theory of the State*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1989.
- MACKLIN, Ruth. Personhood and the abortion debate. In: GARFIELD, Jay L.; HENESSEY, Patricia. *Abortion, moral and legal perspectives*. Amherst: University of Massachusetts Press, 1985.
- PARANHOS, Fabiana. Anencefalia, aborto e o direito de escolha. *Jornal Fêmea*, n. 45, jun. 2005. Disponível em: http://www.cfemea.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1067:anencefalia-aborto-e-o-direito-de-escolha&catid=129:numero-145-junho-de-2005&Itemid=129. Acesso em: 7 dez. 2015.
- PENTEADO, Taís. *Análise argumentativa da ADPF 54: reflexões sobre a coerência interna e externa da decisão*. No prelo. 2020a.
- PENTEADO, Taís. *Equality-based arguments for the decriminalization of abortion in Brazil: towards new legal opportunities*. No prelo. 2020b.
- PENTEADO, Taís. *The Abortion Jurisprudence in Brazil: an analysis of ADPF from feminist equality-based perspectives*. No prelo. 2020c.
- RECONDO, Felipe; GALUCCI, Mariângela. Em decisão histórica, STF decide que aborto de feto anencefalo não é crime. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 12 abr. 2012. Geral. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,em-decisao-historica-stf-decide-que-aborto-de-feto-anencefalo-nao-e-crime-imp-,860498>. Acesso em: 6 dez. 2012.
- SIEGEL, B. Reva. Abortion as a sex equality right: its basis in feminist theory. In: FINE-MAN, Martha; KARPIN, Isabel (org.) *Mothers in law: feminist theory and the legal regulation of motherhood*. [S. l.: s. n.], 1995.
- SUPREMO libera aborto de fetos sem cérebro. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 12 abr. 2012. Disponível em: <http://acervo.folha.uol.com.br/fsp/2012/04/13/2/#>. Acesso em: 26 out. 2020.
- STF libera interrupção de gravidez de feto sem cérebro. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 12 abr. 2012. Capa. Disponível em: <http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20120413-43277-nac-1-pri-a1-not>. Acesso em: 6 dez. 2015.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, 2008.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, 2009.
- ZIEGLER, Mary. *Beyond abortion. Roe v. Wade and the battle for privacy*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2018.

CAPÍTULO 6

CASO PINHEIRINHO: DINÂMICAS DE REPRESSÃO E RESISTÊNCIA NA RECONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DO CONFLITO FUNDIÁRIO URBANO¹

Milena de Mayo Ginjo

INTRODUÇÃO

“Dilma pretende incluir sem-teto no Minha Casa Minha Vida: Objetivo é atender reivindicação do MTST para estancar protestos na Copa.” A manchete do jornal *Folha de S. Paulo* do domingo, 8 de junho de 2014, refere-se às medidas emergenciais adotadas pelo governo federal diante das manifestações articuladas pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST) em diversas capitais brasileiras às vésperas do início do Mundial de futebol sediado no Brasil.

Entre outras medidas, reivindicava-se a efetivação do direito à moradia adequada dos cidadãos e cidadãs afetados pelas iniciativas capitaneadas pelo Estado brasileiro na preparação do evento. Entre essas, algumas possíveis de serem enquadradas como *conflitos fundiários urbanos*.

Em que pese a interpretação intuitiva possível – ainda que repleta de ideias abstratas – de se tratarem de conflitos pela terra inserida em território urbano – cabe pontuar os esforços de diversos atores sociais de chegarem a uma definição institucional desse conceito, no sentido de ser comunicada por instrumento típico da administração pública – no caso, uma Resolução Recomendada do Ministério das Cidades.²

1 Este texto constitui uma primeira tentativa de produzir uma síntese da pesquisa de mestrado desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento da FGV entre 2014 e 2016 sob orientação da Professora Marta Machado, a quem agradeço a oportunidade do espaço concedido. Entre as inúmeras e generosas contribuições de que sou grata devedora, não posso deixar de mencionar as concedidas nas avaliações a que a pesquisa foi submetida. Agradeço à Professora Vera Telles (FFLCH/USP) pelos aportes tanto na banca de qualificação como na de defesa, e aos Professores Nelson Saule Junior (PUC-SP) e Luis Fernando Massonetto (FD/USP) pelos comentários nas bancas de qualificação e de defesa, respectivamente.

2 Resolução Recomendada n. 87, de 8 de dezembro de 2009, trata da Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos, resultado de debates que já aconteciam, institucionalmente, desde 2005 no, também extinto pelo atual governo federal,

Conflitos fundiários urbanos, definidos como **“disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade”**, ganharam visibilidade no debate público ao jogar luz sobre as contradições que os preparativos para sediar o evento esportivo mais celebrado do mundo impuseram aos territórios não apenas das cidades sede dos jogos, mas também às de seu entorno.

Notícias de novas ocupações, como a Guarani Kaiowá, em Contagem (MG), região metropolitana de Belo Horizonte, dividiram a atenção pública com episódios de remoções forçadas de núcleos há décadas consolidados, como a Comunidade Indiana e Vila Autódromo, no Rio de Janeiro (RJ), e a Comunidade Nova Costeira e Sociedade Barracão, em São José dos Pinhais, região metropolitana de Curitiba (PR). Essas, mencionadas aqui, desafortunadamente, como exemplos de comunidades afetadas diretamente por obras de infraestrutura relacionadas ao evento esportivo que provocaram a descaracterização e desarticulação de territórios habitados historicamente por cidadãos e cidadãs excluídas da possibilidade de acesso formal à terra.

Sabemos que embora tenham ganhado visibilidade e alguma atenção da opinião pública a partir de 2014, os conflitos fundiários urbanos constituem uma *“força resultante”* que, como a ponta de um iceberg, emerge como face apreensível das interações entre atores sociais (Estado, mercado, sociedade civil, movimentos sociais) no complexo processo de urbanização atravessado pelas cidades brasileiras mais intensamente a partir da segunda metade do século XX. Esses “tipos” de conflitos, ainda que mais *visíveis* ou *intensos* (na falta de expressão melhor) nas cidades da periferia do capitalismo, é importante pontuar que não lhes são exclusivos.³

Embora o reconhecimento do direito à moradia possa ser considerado recente⁴ frente aos que seriam demais direitos sociais que tiveram sua

Conselho das Cidades. Entre as diretrizes, consta a articulação entre os entes federados e Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e sociedade civil na implementação da política urbana.

3 ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

4 A chamada competência reformadora exercida pelo Congresso Nacional ampliou o rol dos conhecidos direitos sociais, com a Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou a redação do art. 6º da Constituição Federal.

demanda de proteção reconhecida em 1988 na Constituição Federal, e, embora essa definição de conflito fundiário urbano tenha sido formalizada apenas em 2009, os estudos sobre o assunto no campo do direito e da sociologia jurídica datam de pelo menos 1970.⁵

Aqui, já caminhamos para indicarmos um dos elementos que acenderam a curiosidade para o desenvolvimento da pesquisa que aqui compartilhamos e para a qual o contexto de conflitos relacionados à Copa de 2014 serve como eixo conectivo para um raciocínio ainda em elaboração: o Estado brasileiro, no que diz respeito à efetivação do direito à moradia, atua ocupando diferentes e, por vezes, ambíguos papéis diante das demandas sociais. Como e observar o comportamento desse ente, tantas vezes compreendido como monilítico, no sentido de possuir uma unidade discursiva, se quisermos produzir melhores descrições dos fenômenos sociais a partir do campo do direito?

Feita essa introdução sobre o contexto das questões e problemáticas com as quais esse texto se relaciona, passamos a apresentar parte dos *resultados* do estudo de caso realizado entre 2014 e 2016 sobre o conflito fundiário urbano que levou agentes do Estado brasileiro à Corte Interamericana de Direitos Humanos, devido às violações aos direitos humanos provocadas na *remoção forçada* empreendida pela polícia militar do estado de São Paulo no cumprimento de uma liminar de reintegração de posse no Pinheirinho em 22 de janeiro de 2012.

Trata-se de um caso emblemático que adquiriu repercussão internacional devido à violenta ação policial amparada pela Justiça paulista em cumprimento a uma liminar de reintegração de posse que corria há mais de sete anos com inquestionável envolvimento das autoridades públicas de São José dos Campos.

Como esforço metodológico, partimos da ideia de que o episódio poderia ser observado como *cena etnográfica* passível de ser reconstituída, ainda que precariamente, devido a grande quantidade de informações disponíveis na internet que noticiam em diversos formatos (vídeos de celular feito por moradores, música, poesia, documentários, relatórios de organizações não governamentais) as violências operadas pelo Estado naquele dia contra os cerca de oito mil moradores e moradoras do Pinheirinho.

5 FALCÃO, Joaquim (org.). *Invasões urbanas: conflito de direito de propriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

Entre as diversas possibilidades de caminhos metodológicos que o material nos fornecia, nos interessou traçar um caminho retroativo no *espaço* do processo judicial: da remoção do 22 de janeiro de 2012, retrocedemos no tempo para 2004, o momento da propositura da ação que ensejou a liminar de reintegração de posse.

Aqui, nossa intenção será expor uma narrativa resumida do caso, no intuito de convidar os leitores, ainda que desconhecedores da linguagem jurídica tida como técnica, a percorrer o espaço do processo judicial, para assim, auxiliar na compreensão da ideia desse se configurar como arena de disputa relevante pelo sentido da norma jurídica e, por consequência, para a efetivação de direitos sociais que demandam ação da sociedade civil organizada para serem visibilizados pelas instituições responsáveis por sua efetivação.

É, portanto, sobre esse terreno da disputa judicial – leia-se, das páginas das peças processuais que compõem os diversos procedimentos instaurados do momento da ocupação em 2004 até o cumprimento da decisão que amparou a ação policial que removeu forçadamente os moradores, em 22 de janeiro de 2012 – que este trabalho caminha.

1. CASO PINHEIRINHO, PARTE I: O QUE ACONTECEU DE 2004 A 2011?

Localizada na cidade de São José dos Campos, no interior de São Paulo, às margens da Rodovia Presidente Dutra, que liga São Paulo ao Rio de Janeiro, está o imóvel sobre o qual o Pinheirinho foi fundado. Constava no registro público com o nome “Parreiras de São José”. De acordo com a matrícula do imóvel, a Empresa Selecta Comércio e Indústria S.A. era a titular do registro. Com a decretação da falência da empresa, em 25 de abril de 1990, a Selecta deixou de existir e constituiu-se uma massa falida que passou a deter os direitos relacionados à empresa.

Do ponto de vista processual, a *história* do Pinheirinho se inicia com a propositura da ação de reintegração de posse pela Massa Falida. Para existir uma decisão judicial é necessário que alguém primeiro provoque a jurisdição. Foi o que ocorreu em agosto de 2004: ao tomar ciência de que o imóvel Parreiras de São José fora *invadido* por centenas de famílias ligadas ao Movimento dos Sem Teto, a Massa Falida propôs uma ação de reintegração de posse, com o argumento de que a *invasão* das famílias caracterizaria

esbulho possessório e a Massa Falida, na qualidade de proprietária do imóvel, teria o direito de reavê-lo.

Como os *esbulhadores* estavam no imóvel há menos de um ano e dia da data da propositura da ação,⁶ demanda-se ao juiz a concessão de liminar *inaudita altera pars*, o que significa pedir-lhe que profira uma decisão liminar a favor da Massa Falida sem a necessidade de ouvir a parte contrária.

Menos de um mês depois, o juiz defere a liminar de reintegração de posse e no mesmo dia envia carta precatória à Comarca de São José dos Campos, para que sua decisão seja cumprida.

Diante dessa ameaça, os advogados Aristeu César Pinto Neto, Marcelo Menezes e José Denis Antyer Marques, representando o senhor Amarildo de Pontes, morador do Pinheirinho, vão aos autos requerer que o juiz determine ao oficial de justiça que se abstenha de efetivar qualquer ato judicial em cumprimento à carta precatória. É nessa petição que se vê o nome Pinheirinho pela primeira vez no processo judicial.

Logo no primeiro parágrafo, destinado à apresentação da parte que está se dirigindo ao juiz, lê-se: “**Amarildo de Pontes, brasileiro, solteiro, desempregado, residente e domiciliado na ocupação de desabrigados do Pinheirinho, em São José dos Campos – SP [...]**”. Dá a entender, portanto, que seu nome consta no processo por uma formalidade, mas que está representando os moradores do Pinheirinho como uma coletividade.

Ainda no mesmo dia, na ausência do juiz titular da 6ª Vara Cível da comarca, o juiz substituto recebe o pedido dos moradores do Pinheirinho, mas decide por seu indeferimento, pois entende que não cabe ao juízo de São José dos Campos interferir na decisão dada pelo juízo da Capital, devendo apenas cumprir o conteúdo da carta precatória.

Passado um mês, os advogados do Pinheirinho fazem outra intervenção nos autos na tentativa de mais uma vez suspender a liminar de reintegração de posse sob o fundamento de nulidade absoluta da decisão, pois, de acordo com o que determina o Código de Processo Civil,⁷ a 18ª Vara Cível de São Paulo não seria o foro competente para discutir questões relativas ao imóvel Parreiras de São José.

⁶ Caracterizando o conceito de posse nova e autorizando o rito processual sumário.

⁷ CPC/1973. Em 2016, passou a vigor o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Depois de apresentarem essa tese de conteúdo *formal*, por se tratar de uma regra de competência quanto à condução do procedimento, os advogados propõem uma discussão *material*, afirmando que o imóvel objeto da ação não cumpria função social, requisito constitucional essencial para considerar a Massa Falida parte legítima para reivindicar direitos possessórios sobre o imóvel. Somado a esse argumento, discutem que a ação envolve cidadãos lutando pelo direito constitucional à moradia, não se tratando de ação possessória clássica e, portanto, demandava uma apreciação do conflito para além do modelo “*Caio X Tício*”, uma vez que o imóvel estava ocioso antes da ocupação e que as famílias não teriam para onde ir caso a decisão fosse cumprida nos termos deferidos pelo juiz da Capital. Sendo assim, requerem a suspensão da decisão, bem como a realização de inspeção judicial por parte do juiz de São José dos Campos para a verificação *in loco* de todos os fatos narrados na peça.

No dia seguinte, o juiz titular da 6ª Vara Cível acolhe o pedido do Pinheirinho e suspende o cumprimento da decisão que determinava a reintegração da posse em favor da Massa Falida. Sua decisão não passa pela discussão que chamamos de formal – relativa à competência e à consequente nulidade absoluta da liminar do juízo da Capital. No entanto, reconhece a discussão material, e esboça uma discussão sobre a necessidade de pensar o direito de propriedade subordinado ao cumprimento da função social do imóvel.

Considera ainda que ocupações irregulares – como o Pinheirinho, do seu ponto de vista – são um reflexo da omissão do Estado perante suas obrigações constitucionais. A partir desses elementos, entende que é impossível efetivar a decisão de reintegração de posse concedida pelo juízo da Capital “*sem que sejam tomadas algumas providências pelo Poder Público*”. Dessa forma, sua decisão determina que as autoridades do Executivo federal, estadual e municipal, bem como o comandante do 1º Batalhão da Polícia Militar, sejam oficiadas para que tomem ciência a respeito da situação discutida nos autos.

Essa decisão não agrada o representante da Massa Falida. Uma semana depois, peticiona ao juízo da Capital para informar-lhe sobre o ocorrido e requer que “*sejam adotadas as imediatas providências legais pertinentes*” – sem especificar quais seriam –, sob o argumento de que a iniciativa do juiz deprecado consistiu em “*verdadeiro atentado aos regramentos legais vigentes e ao equilíbrio e estabilidade da jurisdição*”. Isso porque não se tratava de uma das hipóteses que justificariam a recusa ao cumprimento da carta precatória pelo juízo deprecado, configurando-se, portanto, invasão de competência sobre

o juízo deprecante. Impetra ainda mandado de segurança (MS), o qual é acolhido, produzindo como efeito a expedição de outra liminar pelo juízo da Capital, autorizando a reintegração de posse.

Contra essa decisão, o advogado do Pinheirinho interpõe agravo de instrumento (AI) no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). O objetivo do recurso era fazer com que o Tribunal concedesse uma liminar para suspender essa última decisão e, ainda, declarar a incompetência absoluta do juízo da 18ª Vara Cível Central de São Paulo para julgar matéria possessória referente ao imóvel localizado em São José dos Campos.

O recurso foi provido meses depois pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça em conformidade com o relatório e voto do relator, que considerou que a ação deveria tramitar em São José dos Campos. Isso porque, apesar de o juízo de falência ser indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da Massa Falida, as ações possessórias escapam a essa regra, devendo ser propostas no local do imóvel em disputa.

Em cumprimento ao acórdão do Tribunal, os autos são encaminhados à 6ª Vara Civil da comarca de São José dos Campos, e o advogado da Massa Falida peticiona ao juízo requerendo o cumprimento da primeira decisão concedida pelo juízo da Capital, com a expedição de mandado de reintegração de posse juntamente com autorização, desde aquele momento, para requisição de força policial e ordem de arrombamento, além da eventual remoção de bens que fossem encontrados no local.

O pedido foi rejeitado pelo juiz substituto, que manteve a liminar suspensa, reiterando a posição anterior do juiz titular da 6ª Vara. Diante dessa negativa, o advogado da Massa Falida interpôs recurso no TJSP, com o argumento de que o juízo não poderia ter indeferido o pedido de cumprimento da medida liminar concedida pelo juízo da capital, pois o acórdão que ensejou a remessa dos autos para a comarca de São José dos Campos não reconheceu tratar-se de incompetência absoluta. Ou seja, o Tribunal não teria declarado nulos os atos daquele juízo, anteriores ao acórdão. Portanto, a decisão pelo cumprimento da reintegração de posse, ainda que proferida por juízo declarado incompetente, permaneceria válida, mesmo após a remessa dos autos para São José dos Campos.

Como o objetivo da Massa Falida era desocupar com a maior brevidade possível o imóvel em disputa, requereu a concessão de efeito ativo ao recurso até que houvesse o pronunciamento definitivo da Turma Julgadora. Com isso, caso obtivesse o julgamento favorável do relator, alcançaria seu

objetivo de prontamente substituir a decisão de suspensão dada pelo juízo de São José dos Campos por outra que autorizasse o imediato cumprimento da medida liminar de reintegração de posse.

Foi o que aconteceu poucas semanas depois. O desembargador relator da 16ª Câmara de Direito Privado do TJSP recebeu o recurso e decidiu favoravelmente à concessão do efeito ativo para o fim de imediato cumprimento da reintegração de posse.

Ocorre que os advogados do Pinheirinho notaram que o recurso da Massa Falida não cumpria um requisito processual,⁸ o que supostamente deveria justificar a inadmissibilidade do recurso pelo Tribunal. Diante desse fato, recorreram da decisão do desembargador relator⁹ alegando que o recurso da Massa Falida não cumpria os requisitos necessários, o que deveria, portanto, impossibilitar seu recebimento pelo Tribunal.

O julgamento definitivo dessa questão ocorreu quase um ano depois, em maio de 2006. Na decisão, a Câmara Julgadora, por votação unânime, julgou improcedente o recurso do Pinheirinho sob a justificativa de que o alegado problema processual viria em prejuízo do interesse da própria Massa Falida, não causando maiores problemas para o andamento do processo.

Inconformados, os advogados do Pinheirinho interpõem Recurso Especial (REsp) ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Recurso Extraordinário (RE) ao Supremo Tribunal Federal (STF) contra essa decisão do TJSP. O REsp tem como principal argumento o fato de o Tribunal paulista ter dado provimento ao recurso de agravo da Massa Falida em desconformidade com o Código de Processo Civil (CPC/1973). O RE, por seu turno, focou em argumentar que o cumprimento da liminar de reintegração de posse implicaria graves violações ao direito constitucional à moradia e à dignidade da pessoa humana dos moradores do Pinheirinho, que, a essa altura, totalizavam cerca de oito mil cidadãos e cidadãs. No entanto, esse recurso teve seu seguimento negado pelo TJSP. Apenas o REsp foi admitido, de modo que os autos subiram para o STJ com a decisão do colegiado do TJSP em abril de 2007.

8 Requisitos do art. 526 do CPC/1973: não comunicação, no prazo, nos autos do processo original sobre o agravo interposto ao Tribunal.

9 Interposição de agravo regimental.

O REsp foi julgado definitivamente em **fevereiro de 2011**. O relator ministro João Otávio de Noronha deu provimento ao recurso reconhecendo que houve erro por parte do TJSP, que deveria ter se pronunciado pela inadmissibilidade do agravo interposto pela Massa Falida em 2005.

Sendo assim, do ponto de vista processual, é como se retornássemos a 2005. *Passa a valer* novamente a decisão da 6ª Vara Cível de São José dos Campos – a que havia suspenso o cumprimento da reintegração de posse.

Nesse momento, a ocupação já era formada por cerca de mil e trezentas famílias, o que totalizava cerca de oito mil pessoas, das mais diversas faixas etárias e perfis.

2. CASO PINHEIRINHO, PARTE II: DE 2011 ATÉ A VÉSPERA DA REMOÇÃO

Com a decisão do STJ, o advogado da Massa Falida provoca a 6ª Vara de SJC para que dê seguimento à ação mediante prolação de decisão saneadora.¹⁰ Com esse pedido, em **julho de 2011**, a juíza agora titular da 6ª Vara Cível considera que, tendo em vista o decidido pelo STJ, “*os autos devem tornar ao seu curso normal*”, com o cumprimento da liminar deferida em 2005 pelo juízo da Capital.

Ou seja, ela decide exatamente no sentido contrário ao que havia decidido o juiz à época titular da 6ª Vara, substituindo a decisão deste último. Ela argumenta que ele agiu sem amparo legal ao ter suspenso a carta precatória em 2004, uma vez que, “*ao receber a carta precatória, deve limitar-se o juízo a dar-lhe cumprimento, configurando atuação contra legem modificar a decisão proferida pelo juízo deprecante*”. Determina, portanto, a expedição do mandado de reintegração de posse da área do Pinheirinho.

Dessa decisão até o momento da remoção forçada, em 22 de janeiro de 2012, o que observamos foi uma complexa rede de articulação de

¹⁰ Art. 331, § 2º, do CPC/1973, que dispõe: “Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.

procedimentos, principalmente propostos pela defesa dos moradores do Pinheirinho. Optamos por omitir a descrição detalhada desses episódios neste espaço para ser possível focar nossa atenção com alguma profundidade nos procedimentos instaurados às vésperas da remoção.¹¹

Destacamos apenas que o que estava em jogo nesse momento era o reconhecimento da impossibilidade de concessão de medida liminar no processo, considerando que não se tratava mais de hipótese de cabimento de rito especial por posse nova (um ano e dia da data do esbulho), uma vez que decorridos mais de sete anos desde a propositura da ação, devendo assim o feito prosseguir pelo rito ordinário. Essa tese, caso acolhida, teria efeitos concretos significativos no andamento do processo.

Outro ponto de destaque que vale mencionar foi a tentativa da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE/SP) figurar como parte interessada na qualidade de assistente litisconsorcial dos moradores do Pinheirinho, com o argumento de que a instituição

[...] detém legitimidade para atuar em ações que veiculem interesses e, ou, direitos de população hipossuficiente, como, por exemplo, na presente demanda, onde pretende passar a atuar como litisconsorte dos réus, moradores do adensamento habitacional denominado Pinheirinho, que titularizam o direito constitucional à moradia e de somente serem removidos do local onde há anos estabeleceram suas moradias quando efetivamente disponibilizados imóveis para que possam ser reassentados.

A juíza indefere o pedido com o argumento de que “os esbulhadores estão bem representados e constituíram advogados que são atuantes na defesa de seus interesses”. Para ela, não se trata de hipótese de discussão a respeito do direito à moradia,

[...] trata-se de questão que afeta ao direito privado, onde se pleiteia a reintegração na posse de um particular, ação de discussão restrita ao âmbito da legitimidade da posse, sem que ao final haja possibilidade de se questionar ou decidir sobre o constitucional direito de moradia dos cidadãos.

¹¹ Para uma descrição mais detalhada do caso, sugerimos a leitura do Capítulo 2 da dissertação, disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8139/browse?value=Ginjo%2C+Milena+de+Mayo&type=author>.

Dessa decisão a Defensoria interpôs agravo de instrumento, que teve seu julgamento definitivo meses após a remoção dos moradores do imóvel.

O ano de 2012 começa com ações da polícia militar no Pinheirinho e manifestações dos moradores na Rodovia Presidente Dutra e na Prefeitura da cidade. Efeito ou não desses acontecimentos, fato é que, no processo, surge um novo ator relevante para a configuração de forças e de poder na disputa jurídica. O Ministério das Cidades oficia a juíza da 6ª Vara solicitando o adiamento do cumprimento da reintegração de posse, para que houvesse tempo hábil para realização de diligências na área por parte da Secretaria-Geral da Presidência da República, do Ministério das Cidades e demais representantes do Executivo estadual e municipal,¹² com o objetivo de constituir mesa de negociação entre as respectivas representações, com participação do Judiciário e dos moradores do Pinheirinho, com o objetivo de encontrar uma solução pacífica que também contemplasse o viés habitacional para as famílias envolvidas. Esse pedido é formulado em consonância com a Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos, resultado de debates que já aconteciam, institucionalmente, desde 2005 no Conselho das Cidades, órgão integrante do Ministério.¹³

O espaço de disputa judicial, que até o momento havia se dado no âmbito da Justiça Estadual, passa a permear também a Justiça Federal, sob o argumento de que o caso agora envolvia interesse da União. Com essa manifestação nos autos e em face da iminência da reintegração de posse anunciada por panfletos da polícia militar que haviam sido jogados de helicóptero sobre as imediações do Pinheirinho, às 22 horas da segunda-feira, dia 16 de janeiro, o advogado Marcelo Menezes propõe ação na Justiça Federal com o objetivo de determinar que as forças policiais envolvidas se abstivessem de efetivar a reintegração de posse concedida pela Justiça Estadual, sob a alegação de que havia interesse da União em regularizar o Pinheirinho, conforme o protocolo de intenções assinado dias antes.

¹² Companhia de Desenvolvimento Urbano e Habitacional do Estado de São Paulo (CDHU), Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), Prefeitura de São José dos Campos e movimentos populares.

¹³ Dissolvido em 2019 pelo atual governo.

Às 4h20min, a juíza federal substituta da 3ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, em regime de plantão, concedeu a liminar para que as forças policiais se abstivessem de efetivar a reintegração do Pinheirinho. Além disso, a juíza não constata urgência no cumprimento da reintegração de posse, tendo em vista que a ação que a requereu foi ajuizada em 2004 e, até aquela data, a área posta em lide ainda continuava na posse dos supostos *invasores*. Soma-se a isso o fato de que, mesmo com a concessão dessa liminar, não haveria prejuízo à futura ordem de reintegração, tendo em vista que a situação de fato que se encontrava no imóvel não sofreria alteração substancial em curto espaço de tempo.

Portanto, diante desses elementos, defere a liminar requerida pelo advogado do Pinheirinho e determina que as Polícias Civil e Militar do Estado de São Paulo e a Guarda Municipal de São José dos Campos se abstenham de efetivar qualquer desocupação na gleba de terras do imóvel. Para isso, oficia o comandante do 1º Batalhão da Polícia Militar em São José dos Campos/SP.

A decisão não colocava fim ao conflito judicial do Pinheirinho, mas dava fôlego para que se avançasse nas negociações sobre a regularização. No entanto, conforme mencionado, a liminar foi concedida em regime de plantão. Quando o plantão judicial é acionado, o juiz plantonista analisa o caso em regime de urgência e, logo que aberto o fórum pela manhã, há regular distribuição do feito a uma das varas. No caso, na manhã da terça-feira, a ação foi distribuída à 3ª Vara Federal, cujo titular, ao examinar a matéria, considerou que não bastava apenas arrolar a União como ré para que se configurasse competência federal do art. 109 da Constituição Federal; era necessário haver legitimidade *ad causam*, que, de acordo com ele, seria qualificada pelo interesse da União no feito, e esse interesse deve ser jurídico, e não político.

De acordo com o juiz, haveria interesse da União se houvesse decreto expropriatório federal para a área, uma vez que o imóvel era particular. Desse modo, o interesse político não seria suficiente para afastar a competência do juízo estadual que determinou a desocupação da área. Não poderia, portanto, a Justiça Federal sobrepor-se a essa ordem sem a prova do interesse *jurídico* federal na área.

Afastada a União do polo passivo da ação, por falta de legitimidade, o juiz federal declara-se incompetente para conhecer e processar a ação e determina sua remessa à 6ª Vara Cível da Justiça Estadual de São José dos Campos.

Dessa decisão, a defesa do Pinheirinho interpõe agravo de instrumento no Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3). Na

quinta-feira, dia 19 de janeiro, o desembargador federal relator da 5ª Turma do TRF3 deu provimento ao recurso, mantendo a União no polo passivo da ação, por entender que havia sim interesse jurídico do ente na ação. Portanto, passou a valer novamente a decisão da juíza federal substituta para que as forças policiais se abstivessem de efetivar a reintegração de posse no Pinheirinho.

Temos, nesse momento, o seguinte quadro: uma decisão liminar da justiça estadual autorizando a reintegração de posse do Pinheirinho e uma decisão do desembargador federal que tornou válida a liminar da primeira instância determinando que as forças policiais se abstivessem de efetivar a reintegração de posse do Pinheirinho. De acordo com o art. 115, I, do CPC/1973, quando dois ou mais juízes se declaram competentes para decidir sobre determinado conflito, configura-se o que se chama *conflito de competência*. Ele pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz (art. 116 do CPC/1973).

A juíza estadual, ao tomar conhecimento da decisão do desembargador federal, enviou uma consulta ao Presidente do TJSP, desembargador Ivan Ricardo Garisio Sartori, tendo em vista a dúvida suscitada sobre a validade de sua ordem, e que, inclusive, fez com que a Polícia Militar, comandada pelo Coronel Manoel Messias, recuasse do Pinheirinho naquele dia.

Em resposta à juíza, no sábado, dia 21 de janeiro, o juiz assessor da presidência do TJSP, Rodrigo Capez, encaminha a resposta do presidente Ivan Sartori, que instrui a juíza a “prosseguir na execução do decisório estadual, por conta e responsabilidade desta Presidência”, com a finalidade de “preservar a autoridade da decisão deste Tribunal de Justiça”, uma vez que a Justiça do Estado de São Paulo é “absolutamente independente e não tem relação com aquele outro ramo do Judiciário” (referindo-se à Justiça Federal). Considera que não houve manifestação de interesse jurídico da União no feito para que fosse deslocada a competência para a Justiça Federal. Para isso, autoriza requisição ao Comando da Polícia Militar do Estado para o imediato cumprimento da ordem da reintegração, “repelindo-se qualquer óbice que venha a surgir no curso da execução, inclusive a oposição de corporação policial federal”.

Ao final de sua resposta, a presidência do TJSP designa o juiz de direito assessor da presidência, Rodrigo Capez, para que, em nome do Tribunal, preste todo o auxílio necessário à juíza “com vistas ao cabal cumprimento de sua determinação”.

3. CASO PINHEIRINHO, PARTE III: O DIA 22 DE JANEIRO DE 2012

No dia seguinte, por volta das 5 horas da manhã do domingo, dia 22 de janeiro, os moradores do Pinheirinho foram surpreendidos com a polícia entrando no bairro. Um efetivo de cerca de dois mil policiais militares e guardas civis do município de São José dos Campos estavam ali para dar cumprimento à liminar de reintegração de posse da justiça estadual.

O defensor público Jairo Salvador, na qualidade de representante da Associação Democrática por Moradia e Direitos Sociais, aciona o plantão judiciário da Justiça Federal para informar que “a Polícia Civil e Militar do Estado de São Paulo e a Guarda Municipal de São José dos Campos estavam promovendo, naquele momento, a reintegração de posse do imóvel de propriedade da Massa Falida, ocupado pelos integrantes do Movimento Urbano Sem-Teto (MUST)”, em descumprimento à decisão da juíza federal Roberta Chiari, confirmada pelo desembargador Antonio Cedenho. O pedido, formulado verbalmente pelo defensor, para que a decisão da Justiça Federal fosse restabelecida, foi recebido e aceito pelo juiz federal substituto plantonista Samuel de Castro Barbosa Melo, que às 8h40min determinou: “Oficie-se ao Comandante do 1º Batalhão da Polícia Militar em São José dos Campos, bem como às autoridades da Polícia Civil do Estado de São Paulo e da Guarda Municipal que tenham circunscrição nesta Comarca”.

Em cumprimento à decisão, a oficiala de justiça Aparecida Maria da Trindade Santos, analista judiciária executante de mandados da Justiça Federal, dirigiu-se ao acampamento da Polícia Militar instalado nas imediações do Pinheirinho e procedeu à entrega do ofício ao Comandante da Polícia Militar, Manoel Messias Mello, às 10h15min. Na certidão da oficiala, ela registra que, apesar do recebimento do ofício, o coronel informou que “por determinação da Presidência do Tribunal de Justiça será cumprida a ordem de desocupação da área, ordem essa emanada *do juiz* da 6ª Vara Cível de São José dos Campos”. Ainda segundo a certidão, no momento da entrega, o juiz assessor da Presidência do TJSP, Rodrigo Capez, estava presente e informou que a suspensão da reintegração de posse somente seria cumprida por ordem do TJSP. Ou seja, considera que a decisão da justiça federal não teria validade alguma.

Prosseguindo com a diligência, a oficiala dirigiu-se às instalações da Guarda Municipal, também nas proximidades do Pinheirinho, e conversou com o Comandante da Guarda Civil, Jorge de Assis Pinheiro, dando-lhe

ciência da ordem emanada da Justiça Federal sobre a suspensão da reintegração de posse do Pinheirinho. Entretanto, de acordo com a certidão, o mesmo se recusou a receber cópia da decisão do juiz Samuel Melo, bem como a assinar o ofício, alegando que este deveria ser entregue no Paço Municipal. A oficiala não entregou o ofício à autoridade da Polícia Civil em virtude de esta não estar presente no local.

Ciente das informações prestadas pela oficiala, no mesmo dia, o juiz federal Samuel Melo oficia o desembargador federal plantonista, Luis Carlos Hiroki Muta, com o intuito de pedir auxílio do Tribunal Regional Federal da 3ª Região para fazer valer a decisão do desembargador Antonio Cedenho que restabeleceu a decisão da juíza federal Roberta Chiari, de que as forças policiais se abstivessem de efetivar a reintegração de posse da área do Pinheirinho. Informa ao desembargador plantonista de toda a situação de recusa das autoridades em cumprir sua decisão, inclusive anexa a resposta do presidente do TJSP à consulta da juíza Márcia realizada no dia anterior.

Uma vez que “o baixo efetivo de pessoal da Polícia Federal em São José dos Campos, em face do número de policiais militares que se encontram na gleba de terras do Pinheirinho, pode tornar inócuo o cumprimento dessa ordem judicial”, solicita ao desembargador que determine como deve proceder diante desse do caso, que classifica como “grave crise institucional”.

Ainda no mesmo dia, a advogada do Pinheirinho, Ana Lúcia Marchiori, representando a Associação Democrática por Moradia e Direitos Sociais, vai aos autos do agravo de instrumento, que já havia tido decisão liminar do desembargador federal Antonio Cedenho, requerer que se determine a prisão do comandante da Polícia Militar, Manoel Messias, responsável pela omissão e descumprimento da decisão judicial da Justiça Federal, por subversão à ordem pública e desacato a autoridade com poder constituído.

Ela narra a situação no Pinheirinho naquele dia:

[...] as famílias moradoras do terreno [...] foram surpreendidas na madrugada no dia de hoje, com a entrada de aparato policial que conta com mais de 2.000 homens na área, fortemente armados, que estão realizando o ato de desocupação sob a ordem do Comando da Polícia Militar, contando ainda com a presença do Presidente do Tribunal de Justiça – SP e do Desembargador do TJSP – Dr. Rodrigo Capez que aduz estar no local para garantir a desocupação.

[...] a desocupação arbitrária e ilegal em curso está se realizando com forte repressão e com grande aparato policial fechando todo e qualquer acesso nas proximidades do local, sendo certo que, além do barulho de tiros e gritos no local, chegam notícias de que temos quatro mortos e vários feridos no local. Não é demais registrar que no local estão abrigados em suas casas mais de 8.000 moradores onde também moram mais de 3.000 crianças com seus pais e que, certamente, estão presenciando e vivendo todo o terror, além de centenas de mulheres que estão sob mira de armas e ordens de toda sorte do aparelho repressor da polícia. A mídia já está noticiando este fatídico episódio.

O desembargador plantonista Carlos Muta recebeu a petição, mas entendeu que a competência para examinar as providências requeridas era da primeira instância da Justiça Federal, não do Tribunal. Por isso, encaminhou cópia da petição e de sua decisão ao juiz federal de plantão em São José dos Campos.

Às 17 horas, o advogado Marcelo Menezes se dirige à 3ª Vara Federal de São José dos Campos, nos autos do processo da ação cautelar instaurada no dia 16 de janeiro, para requerer a determinação da prisão dos comandantes da Polícia Militar e da Guarda Municipal de São José dos Campos, que se recusaram a cumprir a ordem de abstenção de desocupação do Pinheirinho proferida pela Justiça Federal. Recebido o pedido, o juiz federal Samuel determina que o Ministério Público Federal seja intimado para que se manifeste antes de decidir a respeito do pedido de prisão.

Paralelamente a essas iniciativas processuais de interromper o seguimento da reintegração de posse do Pinheirinho levadas a cabo na Justiça Federal, a Procuradoria-Geral da União suscitou conflito de competência no STJ com pedido urgente de liminar e processamento sob regime de plantão, tendo em vista o cumprimento da medida liminar de reintegração de posse que desconsiderava decisão proferida pelo desembargador federal Antonio Cedenho nos autos do agravo de instrumento.

O conflito se configurava, portanto, entre o TRF3 – e, consequentemente, o juízo da 3ª Vara Federal de São José dos Campos (decisão do desembargador Antonio Cedenho que restabeleceu a validade da liminar da juíza Roberta Chiari) – e o juízo da 6ª Vara Cível de São José dos Campos (liminar da juíza Márcia que estava sendo cumprida). Na petição, a Procuradoria argumenta pela competência absoluta da Justiça Federal para julgar

o conflito, tendo em vista o interesse jurídico da União, e pede que seja determinada a suspensão imediata da eficácia da decisão que determina a reintegração de posse proferida pela 6ª Vara Cível de São José dos Campos, até o julgamento do conflito de competência pelo STJ. Esclarece que isso permitiria que a União prosseguisse no andamento das medidas administrativas tendentes à adoção de políticas públicas que atendessem aos moradores da área do Pinheirinho, visando à solução alternativa do conflito.

Por fim, requer a fixação do juízo da 3ª Vara Federal de São José dos Campos como competente para decidir as questões urgentes, com o envio dos autos de reintegração de posse da 6ª Vara Cível para o Juízo da 3ª Vara Federal, até a decisão final do STJ.

Às 17h8min, o ministro do STJ Ari Pargendler, em regime de plantão, responde às quase dez páginas de argumentos da Procuradoria da seguinte forma:

Salvo melhor juízo, a ordem judicial, emanada da Justiça Estadual, deve ser observada por todos, inclusive pelos demais ramos do Poder Judiciário. Nenhum juiz ou Tribunal podem desconsiderar decisões judiciais cuja reforma lhes está fora do alcance (REsp n. 300.086/RJ, de minha relatoria, *DJ* 09.12.2002). A parte inconformada com a decisão judicial deve interpor os recursos próprios. Indefiro, por isso, a medida liminar, consignando o MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível de SJC para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes. Solicitem-se as informações. Intime-se. Brasília, 22 de janeiro de 2012. Ministro Ari Pargendler.

Ou seja, apesar do esforço da Procuradoria em demonstrar que o conflito de competência se justificava porque, apesar da decisão da Justiça Estadual, havia interesse jurídico da União em resolver o conflito por meios diversos da reintegração de posse apoiada por forças policiais, e que isso justificava o deslocamento da competência e, por conseguinte, da ação para a Justiça Federal, o ministro Ari Pargendler optou por dar apoio à remoção forçada das famílias do Pinheirinho – que inclusive já estava em curso havia 12 horas no momento em que proferiu sua decisão –, ao considerar a 6ª Vara Cível de São José dos Campos competente, mesmo que provisoriamente, uma vez que se tratava de decisão liminar, e ainda haveria julgamento definitivo pelo colegiado do Tribunal.

Quando tomou ciência dessa decisão, o juiz federal Samuel Melo entendeu que o pedido de prisão das autoridades policiais por descumprimento

de ordem legal de funcionário público formulado pelos advogados do Pinheirinho não era cabível, “uma vez que os agentes públicos agiram em cumprimento de ordem proferida por juiz competente” (a juíza Márcia, da 6ª Vara Cível da Justiça Estadual de São José dos Campos).

No espaço do processo judicial, o dia 22 de janeiro encerra-se com essa decisão. Com o reconhecimento pelo sistema de justiça do cabimento da execução de uma liminar de reintegração de posse quase oito anos após a propositura da ação.

De toda forma, essa decisão, no fim da tarde do dia 22, só confirmava o que na prática já estava sendo executado. Enquanto as atividades jurisdicionais ocorriam nos gabinetes dos respectivos juízes, no Pinheirinho a decisão de que os cerca de oito mil moradores deveriam sair de suas casas estava tomada.

4. CASO PINHEIRINHO, PARTE IV: ALGUMAS REPERCUSSÕES

Cerca de quinze dias após a remoção do Pinheirinho, a Defensoria Pública realizou um mutirão de atendimento jurídico aos ex-moradores. Foram atendidas cerca de mil famílias, o que ensejou a abertura de procedimentos administrativos (PAs) que resultaram no ajuizamento de cerca de 1.050 ações indenizatórias individuais, nas quais se postula a reparação civil por danos materiais e morais dos ex-moradores.

Em 16 de fevereiro, o advogado Marcelo Menezes, representando a Associação por Moradia e Direitos Sociais (a mesma que propôs a ação na Justiça Federal em 16 de janeiro de 2012), propôs uma ação civil pública na Justiça Federal em face da União, Estado de São Paulo, Município de São José dos Campos e Massa Falida, pedindo a condenação dos réus a promover a regularização fundiária e urbanística do Pinheirinho.

No dia 19 de junho, organizações de direitos humanos e advogados formalizaram uma reclamação disciplinar no Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O objetivo da denúncia é responsabilizar os membros do Judiciário paulista pela violência da desocupação do Pinheirinho e as irregularidades do procedimento judicial. Dois dias depois, outra denúncia foi feita, dessa vez à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos

Estados Americanos (OEA). Entre outras medidas, requerem-se “medidas legislativas e políticas públicas urgentes para que o Estado brasileiro não permita mais episódios como o Pinheirinho nem se confira tratamento semelhante a outros graves conflitos sociais”. Além disso, há o pedido para apuração de responsabilidade das autoridades envolvidas, incluindo o governador do Estado de São Paulo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“**E**nquanto morar for privilégio, ocupar será um direito.” O movimento social desestabiliza os consensos formais sobre como deve ocorrer o ordenamento do espaço urbano ao apostar na ocupação enquanto estratégia de ação política.

Em que pese nossa opção nesta pesquisa por percorrer os meandros dos documentos jurídicos e os discursos contidos nesse espaço, não ignoramos que se trata de uma visão parcial e limitada sobre uma dinâmica complexa; sabemos também, que a luta do Pinheirinho constitui um breve fragmento da história da luta pela efetivação do direito à moradia. Ou seja, da organização dos atores ali involucrados não é possível traçar generalizações ou teorias fundamentadas sobre as estratégias de mobilização jurídica dos movimentos de moradia do país.

Para o campo que estuda a mobilização jurídica de conflitos sociais, são grandes os desafios de conseguir oferecer descrições de como o Judiciário se comporta ao julgar sobre o direito à moradia, e nesse sentido, esse trabalho vem como esforço de motivar mais estudos instigados a pensar a manifestação do “jurídico” para além das fronteiras das decisões judiciais, e o processo judicial como um campo de disputa narrativa entre as instituições e atores sociais por onde é possível acessar discursos e alianças relevantes de serem colocadas em perspectiva pelas chaves do Direito e Desenvolvimento e que se manifestam também em ofícios, relatórios, e demais documentos que muitas vezes ficam de fora do olhar do pesquisador.

O conflito fundiário urbano que teve como desfecho, ainda que provisório, a remoção forçada dos cidadãos e cidadãs que *transformaram* o imóvel registrado como “Parreiras de São José” no Pinheirinho, revela o potencial

perverso de uma faceta violenta e repressiva do que também identificamos como *direito*, expondo, por exemplo, as consequências irreversíveis na vida de centenas das pessoas que passaram a noite do dia 22 de janeiro de 2012 em abrigos improvisados em ginásios e escolas. Por outro lado, mostra também que – sem minimizar a violência da remoção – o próprio direito oferece instrumentos para a continuidade da disputa.

REFERÊNCIAS

FALCÃO, Joaquim (org.). *Invasões urbanas: conflito de direito de propriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

CAPÍTULO 7

O DEBATE PÚBLICO SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NO BRASIL: ESFERA PÚBLICA EM JOGO, DEMOCRACIA EM DISPUTA E A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA¹

Marta Rodriguez de Assis Machado

Felipe Figueiredo Gonçalves da Silva

Lorena Otero

Legalize a liberdade.

(pichação em um muro da Av. Paulista, em São Paulo)

1. INTRODUÇÃO: O DEBATE SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO DE DROGAS NA ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA

No Brasil, os crimes ligados ao uso e ao mercado de entorpecentes estão descritos na Lei n. 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad). Dentre as instituições criadas pela Lei de Drogas certamente o que há de mais polêmico é a criminalização do consumo pessoal de drogas ilícitas, estabelecida no tipo penal do art. 28 da lei.²

- ¹ Este capítulo foi originalmente publicado na *Revista de Estudos Jurídicos Unesp*. Registramos aqui nossos agradecimentos à equipe editorial pela autorização para esta republicação. Confira-se a versão original: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; SILVA, Felipe Figueiredo Gonçalves da; OTERO, Lorena. O debate público sobre a descriminalização do uso de drogas no Brasil: esfera pública em jogo, democracia em disputa e a atuação do sistema de justiça. *Revista de Estudos Jurídicos Unesp*, Franca, v. 19, n. 30, p. 1-30, ago./dez. 2015. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/1607>. Acesso em: 28 jan. 2020. Agradecemos a Debora Alves Maciel pelos comentários à versão preliminar deste texto e por seu sempre contagiante e inspirador otimismo com o Direito.
- ² “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de

A lei prevê ao usuário penas como a advertência, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso. Muito embora, de forma inovadora, o dispositivo não preveja a possibilidade de aplicação de pena de prisão ao usuário de drogas, sua conduta continua sob a jurisdição penal do Estado, com todas as implicações disso decorrentes (submissão à força policial, ao processo penal e suas restrições, condenação penal, antecedentes criminais, além dos efeitos sociais e morais daí decorrentes).

De outro lado, as diversas condutas ligadas à produção, distribuição, transporte e comercialização são criminalizadas como tráfico de entorpecentes, sujeitas a penas de cinco a quinze anos de prisão, que podem ser cumuladas, se for o caso, com o delito de associação para o crime (de três a dez anos). Esse arcabouço normativo se alinha à política estabelecida internacionalmente no âmbito da ONU desde 1961, com a Convenção de Viena, que obriga os Estados signatários tipificar penalmente o consumo, o tráfico e o plantio de drogas (BOITEUX, 2009, p. 18-34; SABADELL; ELIAS, 2008, p. 217-233).

De acordo com as informações sobre o sistema penitenciário nacional divulgadas pelo InfoPen,³ em 2012 eram 131.368 indivíduos presos por

pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”.

3 O InfoPen é um registro de indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária do país, produzido no âmbito do Ministério da Justiça com dados catalogados de todas as penitenciárias nacionais. Escolhemos utilizar as informações divulgadas no relatório oficial

tráfico de drogas no país, o que representa aproximadamente 24% da população carcerária total no período, que era de 548.003 presos. Diversas críticas são direcionadas a essa lei, sobretudo por seu impacto no fenômeno do encarceramento em massa.⁴ No que concerne ao usuário, é possível dizer que atualmente ele se vê atingido não apenas pelo art. 28, que o criminaliza sem prever pena de prisão, mas também por um efeito perverso da inovação da Lei de Drogas. Como a distinção entre tráfico e uso não é rígida, tem-se notícia de que muitas situações de consumo de drogas passaram a ser interpretadas como tráfico pelos juízes, resultando no encarceramento de usuários.⁵

É sob esse horizonte normativo que se discutem hoje a descriminalização e a regulamentação do uso de substâncias entorpecentes na esfera pública brasileira. Esse debate ganhou força recentemente pela intensificação da mobilização social – o surgimento de organizações e coletivos sobre o

produzido pelo Infopen em dezembro de 2012 porque a metodologia de coleta e produção de informações foi alterada entre 2013 e 2014. Em junho de 2014 foi divulgado o último relatório do Infopen, que foi complementado pelo Depen em junho de 2015 (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016). No relatório há a indicação de que a interrupção na publicação dos relatórios em 2013 e 2014 se deveu à decisão de promover algumas alterações na metodologia de coleta das informações. O relatório de 2012 está disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9%2D4C68%2D4006%2D8B16%2D24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 22 jul. 2016.

- 4 Sobre o fenômeno do encarceramento em massa que sucede a crise do *welfare state*, ver: WACQUANT, 2011, p. 387-402; WESTERN; WILDEMAN, 2009, p. 221-242; WESTERN; MULLER, 2013, p. 166-189.
- 5 Os presos no sistema carcerário são enquadrados em um ou mais dentre 42 tipos penais, sendo que apenas um deles (2,38%) – o tráfico de drogas – é responsável por aproximadamente 25% do encarceramento total do país. A evolução do encarceramento por tráfico desde a promulgação da Lei de Drogas também chama atenção: em dezembro de 2006 eram 45.133 presos por tráfico de drogas, ao passo que em dezembro de 2012 o número de presos subiu para 131.368. Entre dezembro de 2006 e dezembro de 2012, portanto, aumentou em 191% o número de presos pelo crime de tráfico de drogas, ao passo que, no mesmo período (2006-2012), a população carcerária total brasileira evoluiu de 380.634 presos para 548.003, representando um crescimento de 43,97% (cf. Infopen, 2012, disponível no *link* na nota 3, *supra*). Concomitantemente, porém, as taxas gerais de consumo de drogas no país e no mundo, segundo o UNODC, não sofreram reduções significativas.

tema e a visibilidade das *Marchas da Maconha* anuais;⁶ e pelo incremento da produção literária e cultural.⁷ A dinamização da esfera pública nacional é também embalada pelo movimento internacional de rediscussão da política proibicionista. Além dos exemplos mais recentes de mudança na legislação – o de Portugal em 2001, que descriminalizou o porte de todo tipo de droga para uso próprio, e o do Uruguai, que em dezembro de 2013 aprovou lei que regulamenta a produção e comercialização da maconha –, a Organização dos Estados Americanos (OEA) emitiu recentemente um relatório em que defende a flexibilização das ações de repressão contra a droga no continente.⁸

O avanço da discussão provocou também a visibilização de resistências ideológicas e morais;⁹ e o embate alcançou as instituições formais do

- 6 SILVESTRIM (2011, p. 8-12) e VIDAL (2008) relatam o surgimento do movimento antiproibicionista no país em torno da questão da descriminalização da maconha, em meados de 2000, sob a égide da Constituição Federal de 1988. A garantia de liberdade de reunião e de expressão de ideias inspirou a realização das primeiras edições da Marcha da Maconha, e, com a expansão maciça da utilização da internet, os coletivos e movimentos passaram a se formar. Em 2002 foi criado o *Grouroom*, que é basicamente um fórum online brasileiro destinado ao compartilhamento de informações e experiências sobre o cultivo de maconha. Desde a criação do fórum seus organizadores passaram a se engajar na militância antiproibicionista e o *Grouroom* tornou-se uma espécie de *locus* virtual de mobilização. A partir de 2002 as experiências dos coletivos passaram a se espalhar pelo Brasil e, desde então, fundou-se o Ananda (Salvador/BA), Coletivo Desentorpecendo a Razão – DAR (São Paulo/SP), C6 (“cmeia”) (Curitiba/PR), Psicotropicus (Rio de Janeiro/RJ), Princípio Ativo (Porto Alegre/RS), INCA (Florianópolis/SC), entre outros.
- 7 Sem pretender fazer qualquer tipo de balanço: em 1993 surge no Rio de Janeiro a banda Planet Hemp, que se manifesta publicamente a favor da legalização da maconha. Em 1995 lançam o disco *Usuário*, que tem a faixa “Legalize já”. O grupo foi preso após um *show* em Brasília por apologia ao crime. Marcelo D2, integrante do grupo e *rapper* com carreira independente, também se pronunciou publicamente pela causa diversas vezes. Em 2011 foi lançado o livro *O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*, do jornalista Denis Russo Burgierman (BURGIERMAN, 2011). No mesmo ano, foi lançado o documentário *Quebrando o tabu*, de Fernando Grostein Andrade, com entrevistas e manifestações favoráveis à descriminalização de Fernando Henrique Cardoso, Bill Clinton, Jimmy Carter, Dráuzio Varella e Paulo Coelho.
- 8 OEA, 2012. Disponível em: http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe_de_Escenarios.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020.
- 9 Talvez o maior foco de resistência à Marcha advenha das entidades religiosas, sobretudo ligadas ao cristianismo. O pastor evangélico Silas Malafaia tem constantemente

Estado. Como veremos, em um primeiro momento, diante das forças de repressão ao movimento, sustentadas por parcela do Judiciário, do Ministério Público e das polícias, a judicialização da questão se deu em torno da garantia da liberdade de manifestação. Foi apenas após a intervenção do STF que, após quase uma década de repressão, garantiu-se o direito de discussão pública sobre o crime de uso de entorpecentes no Brasil.

Em um segundo momento, as discussões da esfera pública alcançam as instituições formais, sob a forma de propostas de reformulação da política nacional de drogas. O debate foi formalizado por duas vias: de um lado, disputas jurídicas em torno da legitimidade do crime; de outro, disputa parlamentar pela alteração da lei.

A questão chega ao Judiciário pelo argumento da inconstitucionalidade do crime de porte de entorpecente, pelo Recurso Extraordinário 635.659/SP, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, e que se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

No Legislativo, a descriminalização do porte de entorpecente para uso próprio integrou a proposta de reforma do Código Penal, que atualmente tramita no Senado.¹⁰ Chegou a ser aprovada pela Comissão de Juristas e teve apoio da população em consulta pública realizada pelo Senado.¹¹ No

criticado a Marcha da Maconha e os defensores da descriminalização das drogas, ao argumento de que a maconha é adversária dos valores da família. O tema enfrenta também resistências importantes no Congresso [por exemplo, o deputado estadual paulista Zé Teixeira (DEM), os senadores Magno Malta (PR/ES) e Sérgio Souza (PMDB/PR) e os deputados federais Marco Feliciano (PSC/SP), Delegado Waldir (PSDB/GO) e Ratinho Júnior (PSC/SC)]. Parte significativa da grande mídia vem se manifestando contrariamente à Marcha e à descriminalização da maconha. O apresentador Datena, da Rede Bandeirantes de Televisão, discursou em seu programa sobre as impropriedades da Marcha, defendendo sua proibição no país.

¹⁰ O Projeto de Lei do Senado n. 236 de 2012 foi apresentado pelo senador José Sarney para discutir a reforma estrutural do Código Penal Brasileiro. O projeto ainda tramita pelas comissões internas do Senado Federal e, desde sua apresentação, foi modificado diversas vezes. A versão mais recente da proposta legislativa, aprovada em 2013 pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal do Senado Federal, bem como o Parecer da Comissão sobre a matéria, encontram-se disponíveis em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>. Acesso em: 15 jul. 2014.

¹¹ O Senado realizou consulta pública online entre 16 e 31 de agosto de 2012, que foi respondida por 370 mil internautas. De acordo com a pesquisa, 84,92% dos votos

mesmo sentido, o deputado Jean Wyllys propôs projeto de lei que trata do assunto de forma mais abrangente. O PL n. 7.270/2014, além de descriminalizar o porte para consumo pessoal e autocultivo de qualquer tipo de droga, regula a produção e a comercialização da maconha e seus derivados, dispõe sobre políticas de redução de danos para usuários de todo tipo de droga, além de alterar também as normas sobre o tráfico ilícito.

Outras duas iniciativas de reforma da política de drogas para adotar a descriminalização do consumo como pilar estrutural do modelo foram apresentadas em 2014, uma no Senado Federal e outra na Câmara dos Deputados. No Senado a proposta foi apresentada no “Portal e-cidadania” do Senado Federal.¹² No dia 21.01.2014 André de Oliveira Kiepper apresentou a Sugestão n. 8 de 2014 para que a maconha seja regulamentada nos mesmos moldes em que se dá a regulamentação da produção/venda de álcool e tabaco.¹³ A proposta conseguiu contar com o apoio de mais de 20 mil pessoas, razão pela qual, em 11 de fevereiro de 2014, a Sugestão n. 8 foi incorporada no processo legislativo do Senado e remetida à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. O senador Cristovam Buarque (PDT/DF) foi designado relator da matéria na Comissão¹⁴ e determinou em abril de 2014 a realização de uma audiência pública sobre a questão.¹⁵

foram favoráveis à descriminalização e 15,08% contrários à proposta de legalização. Para mais informações, ver: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=quase-85-dos-votos-apoiaram-legalizar-producao-e-porte-de-drogas-para-consumo-proprio>. Acesso em: 27 out. 2020.

- 12 O portal e-cidadania foi criado pelo Ato da Mesa Diretora do Senado n. 3 de 2011 e visa estimular a participação popular no sistema político. O portal oferece três grandes blocos de serviços: *e-representação*, *e-legislação* e *e-fiscalização*. Por meio do sistema *e-legislação* é possível que qualquer cidadão submeta uma proposição legislativa. Caso a proposição atinja mais de 20 mil assinaturas de apoio, torna-se uma proposta de lei do Senado, de origem externa, sujeita à tramitação ordinária. Para mais informações, cf. <https://www12.senado.leg.br/ecidadania>. Acesso em: 27 out. 2020.
- 13 A sugestão n. 8 e as assinaturas de apoio podem ser encontradas no *link*: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116101>. Acesso em: 27 out. 2020.
- 14 Cf. http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116101. Acesso em: 27 out. 2020.
- 15 Quando da elaboração deste artigo a audiência pública ainda não havia sido realizada.

Em fevereiro, o deputado Eurico Júnior (PV/RJ) apresentou o PL n. 7.187/2014, que objetiva regulamentar “o controle, a plantação, o cultivo, a colheita, a produção, a aquisição, o armazenamento, a comercialização e a distribuição de maconha (*Cannabis sativa*) e seus derivados, ou cânhamo, quando for o caso”.¹⁶ A proposta inclui a descriminalização do consumo de cânabís e cria condições para legalização da comercialização e produção da planta.

Todos estes projetos de alteração legislativa encontram resistências significativas no parlamento. Na discussão sobre a reforma do Código Penal, o projeto substitutivo apresentado pelo senador Pedro Taques (PDT) exclui a proposta de descriminalização do uso.¹⁷ De outro lado, o deputado Osmar Terra (PMDB) apresentou o PL n. 37, de 2013, que, na contramão das propostas de Jean Wyllys e Eurico Júnior, endurece o tratamento penal ao uso e tráfico de entorpecentes.¹⁸

No momento, são essas as vias institucionais que estão em aberto e têm o potencial – cada uma a sua maneira e com alcances distintos – de redefinir a política pública brasileira sobre drogas.

O foco deste texto é a atuação do *sistema de justiça* no processo de re-discussão da política de drogas. Retrataremos sua atuação no primeiro momento do debate, em que os órgãos do sistema de justiça tiveram papéis distintos e contrapostos, alguns atuando na colaboração à repressão, outros na garantia da liberdade de expressão e manifestação. As disputas jurídicas que se manifestaram nesse momento levantam questões importantes sobre

16 Cf. íntegra do projeto disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1231177&filename=PL+7187/2014. Acesso em: 27 out. 2020.

17 A íntegra do projeto substitutivo de reforma do Código Penal está disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>. Acesso em: 4 set. 2016.

18 O projeto de lei de autoria do deputado Osmar Terra tramita hoje na Comissão de Educação, Cultura e Esporte (Secretaria de Apoio à Comissão de Educação, Cultura e Esporte) do Senado Federal, aguardando relatório. A alteração mais significativa proposta deste PLC diz respeito à possibilidade de internação compulsória de indivíduos que forem diagnosticados como dependentes por médicos integrantes da rede institucional do Sisnad, prevista em seu art. 34-A, § 3º, II. O PLC 37/2013 não altera o § 2º do art. 28 da Lei de Drogas, mantendo as mesmas balizas para diferenciação das condutas, delegada ao magistrado. É possível consultar o andamento do Projeto de Lei no *link*: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113035>. Acesso em: 5 set. 2016.

as restrições à liberdade na esfera pública e suas consequências para a democracia. Em seguida, exporemos o caso que mencionamos acima, que chegou ao STF e que pode mudar os rumos da política nacional de drogas no país. Embora o processo esteja ainda em curso, a história recente da militância pela legalização do uso da maconha já nos dá elementos para refletir sobre algumas questões atuais da relação entre as esferas pública e privada.

Veremos aqui como o adensamento das controvérsias públicas propiciou maior interação entre movimento social e instituições, resultando na ocupação de espaços de politização formais. Embora o caso judicial ainda não tenha desfecho, ele pode ser também observado pensando-se na atuação do Judiciário em casos de travamento do debate no Legislativo, como parece ser o cenário atual diante de temas de repercussão moral como este. Independentemente do resultado do processo, chamamos a atenção para a combinação entre protestos e mobilização jurídica que fez o debate pela descriminalização das drogas avançar e tomar forma institucional nos últimos anos.

2. O QUE NÃO PODE SER DEBATIDO EM UMA DEMOCRACIA? A REPRESSÃO À MARCHA DA MACONHA NO BRASIL¹⁹

Uma das primeiras manifestações do movimento antiproibicionista no Brasil foi o surgimento da *Marcha da Maconha*. Desdobramento da *Million Marijuana March* dos Estados Unidos, a *Marcha da Maconha* ocupou as ruas das principais cidades brasileiras a partir do ano de 2007.²⁰ Sua principal

¹⁹ A breve reconstrução do histórico da Marcha da Maconha enquanto movimento social que luta pela descriminalização da maconha foi feita com base em análise documental e na pesquisa de iniciação científica de uma das coautoras (cf. OTERO, 2013), que contou com a realização de entrevistas com os principais articuladores da Marcha. A narrativa é conduzida para fornecer os subsídios empíricos que compõem a reflexão pretendida neste artigo. Todas as referências serão indicadas no caminho percorrido na narrativa.

²⁰ Há relatos de que a primeira iniciativa da Marcha da Maconha no Brasil ocorreu em 2002, estimulada por uma ativista portuguesa que, de passagem no Rio de Janeiro, identificou um ponto na cidade frequentado por usuários de maconha e distribuiu convites para uma passeata pela descriminalização da droga. A passeata se realizou bem timidamente, mas foi o suficiente para semear a pauta antiproibicionista nas terras férteis dos novos movimentos sociais brasileiros. Cf. OTERO, 2013, p. 26-41.

reivindicação é a descriminalização do consumo e do plantio da maconha, reclamando a revisão da atual política de drogas brasileira.

A Marcha da Maconha objetiva “a realização de manifestações pacíficas, *performances* culturais e atos de livre expressão para informação e discussão de políticas públicas que envolvem a (des)criminalização da *Cannabis*” (CARVALHO, 2013, p. 393–394). A principal atividade promovida pela Marcha é a realização de *parades*, em regra, no primeiro sábado do mês de maio, em que se comemora o Dia Mundial da Legalização da *Cannabis*. A atuação da Marcha, contudo, nem sempre foi bem recebida pelas instituições do sistema de justiça criminal brasileiro.

Em 2007 foi realizada com sucesso a primeira *parade* da Marcha da Maconha, organizada pelos criadores do *Growroom*²¹ e ativistas do movimento antiproibicionista que se articulavam por intermédio de lideranças da sociedade civil.²² O evento chamou a atenção das agências de controle, sobretudo dos Ministérios Públicos Estaduais e das autoridades policiais, que passaram a questionar a legitimidade do movimento e a legalidade da sua agenda política. A partir daí, a história da Marcha da Maconha foi marcada por episódios de repressão que só tiveram fim em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do movimento e da sua pauta política.

- 21 O *Growroom* é um fórum online brasileiro destinado ao compartilhamento de informações e experiências sobre o consumo e o cultivo de maconha. O fórum online foi criado por William Lantelme Filho em 2002 e desde então reúne cerca de 50 mil pessoas que passaram a se engajar na militância antiproibicionista.
- 22 Entre os anos de 2002 e 2007 o movimento antiproibicionista se articulou por intermédio de lideranças da sociedade civil organizada: no Rio a Psicotropicus e o Movimento Nacional pela Legalização das Drogas (MNLDD), em Porto Alegre o Princípio Ativo, em Salvador a Ananda – com apoio de personalidades políticas como Fernando Gabeira (PT), Carlos Minc (PT), Marcos Rolin (PT) e Renato Cinco (PSOL). Durante este período, ativistas do *Growroom* se juntaram às lideranças e desenvolveram algumas estratégias destinadas à promoção do evento, intentando atrair principalmente a juventude para participar. A estratégia contou com a criação de uma identidade visual para o evento (a padronização do nome “Marcha da Maconha” e os elementos gráficos que compõem o *slogan* do movimento), e de um *site* para disponibilizar informações, fomentar a discussão, divulgar o evento e até mesmo orientar a realização da *parade* em todas as cidades brasileiras, com um manual didático.

A repressão se deu de diversas maneiras: ações de autoridades policiais e de membros do Ministério Público, líderes religiosos,²³ censura de perfis de redes sociais, apreensão de materiais de divulgação, prisões de integrantes do movimento, violência policial, manipulação midiática. A criminalização da Marcha se deu sob a alegação de que suas atividades constituiriam os crimes de *apologia ao crime e incitação ao uso de entorpecentes*.

Sob essa interpretação, parte do sistema de justiça criminal brasileiro tentou silenciar o movimento e coibir a realização das passeatas de maio da Marcha. De outro lado, os participantes do movimento engajaram-se na luta pela possibilidade de questionar o crime e discutir o tema, pondo à prova uma prerrogativa essencial de um Estado Democrático: a liberdade de expressão. Fizeram isso saindo às ruas e enfrentando as forças policiais, mas também por meio de mecanismos de litigância via Judiciário.

2.1. REPRESSÃO QUE TOMA FORMA JURÍDICA

Entre 2008 e 2011 foram ajuizadas, pelos Ministérios Públicos de alguns estados do Brasil, demandas que objetivavam a proibição da realização das passeatas de maio da Marcha da Maconha. O argumento lançado pelas Promotorias era o de que os atos públicos promovidos pela Marcha configurariam apologia ao crime,²⁴ tipo penal previsto no art. 287 do Código Penal Brasileiro,²⁵ ou incitação ao uso indevido de drogas, tipo penal previsto no § 2º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.²⁶ Em contrapartida, os

²³ Cf. nota 9, *supra*.

²⁴ Apologia ao uso de drogas, que corresponde ao tipo penal previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

²⁵ “Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena – detenção, de três a seis meses, ou multa.” BRASIL, Decreto-lei n. 2.848/1940 (Código Penal), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

²⁶ “Art. 33. [...] § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.” BRASIL, Lei n. 11.343/2006, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

organizadores da Marcha sustentaram em sua defesa que os atos públicos do movimento visam tão somente questionar a política criminal de drogas e promover o debate público sobre a questão, o que constitui exercício legítimo da liberdade de reunião e de manifestação do pensamento, corolários da liberdade de expressão, previstas na Constituição Federal em seu art. 5º, incisos IV e XVI.²⁷

No geral, três foram as razões centrais alegadas para a incriminação: (i) o sítio eletrônico da Marcha continha, à época, um vídeo com uma “convocação” geral para participar do evento de maio, que, segundo entendimento dos promotores, veiculava imagens apologéticas e fazia expressamente referência ao induzimento do consumo de maconha; (ii) não seria possível indicar um representante que pudesse responder legalmente por quaisquer problemas que pudessem vir a ser causados nos eventos;²⁸ e (iii) a Marcha não poderia ser vista como um movimento social, porque seus organizadores se utilizariam da liberdade de expressão como pretexto para promover a incitação ao uso de drogas, ou, ainda, porque as atividades conduzidas pela Marcha acabariam criando um ambiente favorável ao consumo que dificulta o controle pelas autoridades.

As Promotorias de Justiça ao redor do Brasil se utilizaram de uma estratégia processual bastante peculiar: às vésperas das datas marcadas para a realização das passeatas de maio da Marcha, ajuizavam *Ações Cautelares inominadas*²⁹ perante as Varas Criminais locais, aduzindo pedidos

27 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.”

28 Muito embora não se exija a identificação de um representante para realização de manifestações públicas, argumentou-se que a inexistência de uma “liderança” na Marcha era um indício de que não se tratava de um movimento social sério, mas sim de um coletivo apologético que incitaria o consumo de drogas em locais públicos. Para mais informações, ver: MARONNA; ROSSINI, 2010.

29 Muito embora as Ações Cautelares no processo penal brasileiro não possuam previsão expressa na legislação, excepcionalmente se admite sua utilização com base no poder

de medidas liminares de urgência visando à determinação da suspensão da realização dos eventos. A lógica por trás da estratégia era dificultar a defesa dos manifestantes, que se viam quase sempre surpreendidos por decisões liminares contra as quais não teriam tempo de recorrer antes da data prevista para os eventos. Marchar contrariando uma decisão liminar constituiria um outro crime, o de desobediência,³⁰ previsto no art. 330 do Código Penal.

Na maior parte dos casos, os juízes de primeira instância deferiram tais pedidos de liminar. Quando as cautelares ajuizadas pelos promotores eram eventualmente indeferidas em primeira instância, recorria-se aos Tribunais de Justiça por meio de Mandados de Segurança.³¹ Diante disso, participantes do movimento também passaram a fazer uso de instrumentos jurídicos para garantir o direito de marchar. Em alguns casos, anteciparam-se à repressão e impetraram *habeas corpus* preventivos, ou seja, a medida jurídica que lhes garantiria o direito de ir e vir diante das ameaças de limitação desse direito.

Nos casos em que as ordens de *habeas corpus* eram concedidas, os participantes da Marcha recebiam salvo-conduto³² judicial que lhes garantiria a possibilidade de marchar sem o risco de serem presos. No entanto, com a mesma agilidade em que *habeas corpus* eram impetrados em primeira instância, Promotores recorriam aos Tribunais de Justiça, por meio de Mandados de Segurança, para reverter as decisões e obter a determinação da suspensão da realização dos eventos.

geral de cautela dos magistrados, entendido como um princípio geral de direito aplicável ao processo penal por força do art. 3º do Decreto-lei n. 3.639/1941 (Código de Processo Penal). São raros os casos em que essa modalidade de ação é utilizada, sobretudo quando não há clareza na identificação e determinação dos indivíduos que serão demandados.

- 30** “Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: [...] Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”
- 31** Foi o que aconteceu, por exemplo, nas cidades de São Paulo e Belo Horizonte no ano de 2008, em que a liminar fora indeferida em primeira instância nas ações cautelares ajuizadas pelos Ministérios Públicos, que subiram aos respectivos Tribunais de Justiça por meio de mandados de segurança para reverter o indeferimento liminar. Neste sentido, ver: SÃO PAULO (2008); MINAS GERAIS (2008).
- 32** Cf., neste sentido: RIO GRANDE DO SUL (2008).

A primeira decisão favorável que garantiu a realização da Marcha da Maconha foi proferida em 2008 na capital gaúcha. A magistrada, Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, acolheu os argumentos detalhados da defesa a respeito da pretensão do evento e frisou em sua decisão que a Constituição Federal assegura a liberdade de expressão enquanto garantia fundamental do cidadão brasileiro, bem assim que essa manifestação do pensamento se dê de forma pública (RIO GRANDE DO SUL, 2008). Sendo assim, a Marcha da Maconha gaúcha foi às ruas com a celebração de um “enterro” do art. 5º da Constituição Federal e da Democracia como forma de protesto. Marcharam carregando um caixão com a Constituição em seu interior pelo Parque da Redenção, em um dia muito frio e chuvoso.

Ainda, no ano de 2009, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, magistrado e professor – com título de doutor em direito com tese sobre liberdade de expressão –, proferiu sentença no Rio de Janeiro reconhecendo que não importa o teor do pensamento, o que importa é que se tenha liberdade para dizê-lo; não se pode impedir a manifestação de qualquer pensamento feito com respeito (RIO DE JANEIRO, 2009).

Conquanto essas decisões tenham sido minoritárias no período, o fundamento de sua prolação indica que havia ao menos argumentos jurídicos razoáveis para a não proibição da Marcha desde sua primeira edição e que o Judiciário era uma arena disputável, apesar da desvantagem.³³

2.2. SOBRE MACONHA NÃO SE PODE FALAR?

A maior parte das decisões proferidas pelo Judiciário entre 2008 e 2011 reconheceu que os eventos promovidos pela Marcha da Maconha, notadamente as passeatas de maio, configurariam atos de apologia ao crime ou/e de incitação ao consumo de *cannabis*. Argumentou-se que o exercício da liberdade de expressão e de reunião não é legítimo nos casos em que implique, direta ou indiretamente, promoção de práticas criminosas pela via de discursos apologéticos.

Foram poucas as cidades em que se conseguiu marchar. Em São Paulo, por exemplo, nunca foi possível realizar o evento. As decisões que proibiram

³³ Também neste sentido, ver: RIO GRANDE DO SUL (2009; 2010).

a Marcha compartilham uma característica: a precariedade de suporte empírico para demonstrar se os atos públicos do movimento efetivamente faziam apologia ao consumo de maconha ou não. Assumem como premissa, por exemplo, que o conteúdo do sítio eletrônico da Marcha “deseja convencer e incrementar a legalidade do uso indevido de droga (induzir e instigar)” o que se evidenciaria com a “escrita em letras maiúsculas FUME MACONHA” (RIO DE JANEIRO, 2008).

Por vezes, as premissas assumidas pelos magistrados eram ainda mais genéricas e baseadas em conjecturas. Para Euvaldo Chaib, por exemplo, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo que apreciou a discussão sobre a legalidade da Marcha em 2008, conquanto a liberdade de reunião seja legítima, as passeatas promovidas pelo movimento acabariam redundando necessariamente no consumo de drogas:

Embora não se desconheça que, em princípio é livre a manifestação do pensamento, conforme regra inserida na Constituição da República, não há dúvida que não só o tráfico, mas o simples uso de maconha, substância entorpecente, é crime, de sorte que a realização do evento torna-se inviável, porque acabaria redundando na prática de conduta ilícita, de conduta criminosa, nos precisos termos do art. 287 do Código Penal e do art. 33, parágrafo 2º, da nova Lei de Combate às Drogas, n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. (SÃO PAULO, 2008)

Chegou-se até a afirmar que “este debate deve ser realizado nas dependências das Universidades, nas plenárias e não nas ruas ao sabor de cigarros de maconha na frente das pessoas, de crianças que não têm discernimento”. (MINAS GERAIS, 2008)

Ou ainda:

[...] a plena liberdade de associação só é assegurada para fins lícitos (art. 5º da CF de 1988, inciso XVII). O objetivo primário do evento se reveste a princípio de interesse legítimo, posto que almeje ação de cunho político, pretendendo revisão legislativa. Todavia o efeito secundário é inegável – há nítida apologia do uso de droga ilícita e, por conseguinte, ao tráfico ilícito de entorpecentes. Como muito bem argumenta o *parquet*. (RIO DE JANEIRO, 2008)

Nas cidades em que foi possível a realização da passeata, isto se deu especialmente por duas razões: a intensa atuação de advogados ligados aos movimentos sociais e a existência de membros do Judiciário que reconheceram

na agenda política do movimento e em suas atividades o exercício legítimo das liberdades de expressão e de reunião, constitucionalmente garantidas.³⁴

O trabalho dos advogados de defesa foi intenso: dos plantões judiciários, para tentar emplacar um entendimento diferente sobre a Marcha, às passeatas, a fim de garantir o cumprimento das ordens judiciais que as autorizavam.³⁵

Se, de um lado, a atuação dos advogados que defenderam os participantes da Marcha foi essencial para garantia dos seus direitos, igualmente importantes foram os pronunciamentos do Poder Judiciário ao longo destes três anos no sentido de reconhecer a legitimidade da realização da Marcha, sob o argumento de que questionar publicamente a validade de uma lei criminal não é o mesmo que incitar o cometimento de um crime previsto nessa lei. Conquanto essas decisões tenham sido minoritárias no período, foram essenciais para configurar a existência de controvérsia jurídica relevante a ser dirimida pelo STF. Havia argumentos jurídicos razoáveis para a não proibição da Marcha desde sua primeira edição, e esses argumentos foram decisivos para que o Supremo Tribunal Federal decidisse em definitivo a favor da Marcha em 2011.³⁶

34 A Juíza de Direito Laura de Borba Maciel Fleck, de Porto Alegre, argumentou nos autos do HC n. 1080118354-9: “Nesse sentido, e do material acostado com a impetração, se vislumbra que o movimento que se reunira na denominada ‘Marcha da Maconha’ não visa propalar o uso de substâncias que causem dependência química, mas discutir, inclusive em nível mundial, políticas públicas que incluem a descriminalização do uso de substâncias entorpecentes, no caso, especificamente da ‘Cannabis sativa’, discussão pública que esta há vários anos em curso no Brasil e que visa, ao final, modificação legislativa. Tal tipo de discussão e exercício do direito de crítica tem sido exercido em relação a vários outros assuntos que são ou foram tipificados como delitos, como ocorreu em relação ao estatuto do desarmamento e ainda ocorre em relação à discussão sobre a descriminalização do aborto, eutanásia, etc. Temas polêmicos.”

35 Os defensores que atuaram nos caso eram de distintos perfis: alguns eram diretamente envolvidos com o movimento antiproibicionista; alguns tinham atuação acadêmica sobre o tema; outros tinham histórico de atuação em advocacia *pro bono*; outros não estavam ligados especificamente a esta causa, mas tinham envolvimento histórico com os movimentos sociais. Dentre os advogados que atuaram nessas causas, citamos: Nilo Batista (RJ), Salo de Carvalho e Marcelo Mayora (RS), Mariana Garcia (RS), André Barros (RJ), Gerardo Xavier (RJ), Mauro Chaiben (DF), Leonardo Sica (SP) e Luisa Ferreira (SP).

36 Vejam-se, nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL (2008; 2009; 2010); RIO DE JANEIRO (2009).

2.3. DAS RUAS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como não havia um consenso no Judiciário, a cada ano que passava, o caso repercutia mais, e, ao longo de incansáveis discussões, chegou ao conhecimento da última instância judiciária do nosso país, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de ação própria a sanar tal controvérsia jurídica. No dia 21 de julho de 2009 a então Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, ajuizou perante o STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 187 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.274.³⁷ As ações requeriam ao tribunal que analisasse a constitucionalidade da interpretação dos tribunais estaduais de que o questionamento público promovido pela Marcha configuraria apologia ao crime ou incitação ao

37 A ADPF e a ADI são ações que se inserem no âmbito do chamado controle concentrado de constitucionalidade de normas jurídicas. A ADI tem como objetivo declarar em abstrato a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, *a*, da Constituição Federal do Brasil), enquanto a ADPF tem como objetivo “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 102, § 1º, da Constituição Federal e art. 1º da Lei n. 9.882/1999), sendo também cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei n. 9.882/1999). A ADI também é utilizada para se conferir à lei ou ao ato normativo federal ou estadual determinada interpretação “conforme à Constituição”, mecanismo hermenêutico utilizado por magistrados no Brasil, a partir do qual se confere à norma em questão uma interpretação que coaduna com os dispositivos constitucionais. A legitimidade para propor tais ações é restrita. No caso da ADI (art. 103, I a IX, da Constituição) e da ADPF (art. 2º, I, da Lei n. 9.882/1999), são competentes para propor a ação: (a) o Presidente da República; (b) a mesa do Senado Federal; (c) a Mesa da Câmara dos Deputados; (d) a Mesa da Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (e) o Governador do Estado e do Distrito Federal; (f) o Procurador-Geral da República; (g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (h) partido político com representação no Congresso Nacional; (i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Foi necessário o ajuizamento destas duas ações porque os dois tipos penais cuja interpretação era questionada pertenciam a leis promulgadas em épocas diferentes: o Código Penal brasileiro é de 1940, muito anterior à Constituição Federal de 1988, portanto, e a Lei de Drogas é de 2006. Por esta razão ajuizou-se a ADPF para discutir o art. 287 do Código Penal e a ADI para discutir o art. 33 da Lei de Drogas. Nos dois casos o requerimento feito ao STF foi o de realização de interpretação conforme à Constituição para excluir determinadas interpretações específicas do âmbito de incidência das duas normas penais questionadas.

consumo de drogas. Na ADPF requereu-se ao STF que desse “ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição, ‘de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (BRASIL, 2011a). Na ADI, por sua vez, requereu-se que o STF “realize interpretação conforme à Constituição do § 2º do art. 33 da Lei 11.343/06, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar criminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (BRASIL, 2011b).

Muito embora as ações tenham sido ajuizadas em julho de 2009, foi apenas em junho de 2011 que, a pedido do ministro Celso de Mello, a ADPF n. 187 foi incluída na pauta do Plenário do STF. O pedido do ministro foi em grande parte influenciado pelo que ocorrera nas ruas de São Paulo no dia 21 de maio de 2011, quando integrantes da Marcha resistiram à decisão do Tribunal de Justiça do Estado que proibia mais uma vez a realização da passeata com base no argumento de que a discussão da legalização da maconha promove incitação ao consumo de drogas (SÃO PAULO, 2011).³⁸ A violência com a qual a Polícia Militar do Estado de São Paulo coibiu a passeata de maio estampou as manchetes dos principais jornais do país (POLÍCIA, 2013), evidenciando a necessidade de discutir a questão controversa, decidindo de uma vez por todas o destino da Marcha da Maconha no Brasil.³⁹

³⁸ Na decisão liminar o desembargador argumentou: “Da leitura dos referidos sítios constataram a ocorrência da apologia ao uso da maconha; há efetiva e concreta sugestão do uso do estupefaciente. Não se trata, apenas, de discussão acerca da necessidade da legalização da droga, mas, inquestionável incitação ao crime, quer pela regra geral – artigo 286, do Código Penal (incitar, publicamente, a prática do crime), quer pela norma especial art. 33, § 2º, da Lei Federal n. 11.343, de 2006. A comprovar a efetiva intenção do movimento consta dos autos imagens retiradas de vídeos, postados na internet, onde se verifica o ocorrido em marchas realizadas em outras cidades, como Rio de Janeiro/RJ, Belo Horizonte/MG, Vitória/ES e Atibaia/SP”.

³⁹ O episódio da proibição da Marcha em São Paulo no ano de 2011, seguido do confronto com a Polícia Militar, motivou a organização de uma passeata que ficou conhecida como “Marcha pela Liberdade”. Com a repressão à passeata que fora organizada no dia 20.05.2011, os organizadores da Marcha da Maconha convocaram os paulistanos a saírem às ruas em ato pela liberdade de expressão, que havia sido massacrada anteriormente pelas

No dia 15 de junho de 2011, a ADPF foi julgada pelo Plenário do STF, e, conforme disposto nas notas taquigráficas do julgamento, “o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao art. 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, ‘de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos’, tudo nos termos do voto do Relator”. O mesmo entendimento foi corroborado alguns meses depois pelo mesmo Plenário do STF no julgamento da ADI 4.247/DF, em que se deduziu igualmente interpretação conforme à Constituição ao art. 33, § 3º, da Lei de Drogas para excluir a incidência do dispositivo sobre a discussão de descriminalização das drogas.⁴⁰

Durante o julgamento desses dois casos, a questão foi amplamente debatida na Corte. Foram admitidos na qualidade de *amici curiae*⁴¹ a Associação Brasileira de Estudos do Uso de Substâncias Psicoativas (Abesup) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), que apresentaram suas

decisões do Judiciário paulista. O ato aconteceu no dia 18.06.2011, três dias depois da decisão do STF na ADPF 187, e contou com milhares de pessoas marchando em defesa da liberdade de expressão. A manifestação foi pacífica e simbolizou uma virada importante na efetivação das liberdades de pensamento, sobretudo em São Paulo, que desde 2008 enfrentava decisões que proibiam expressamente a Marcha da Maconha. Para mais informações, ver: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/06/manifestantes-encerram-marcha-da-liberdade-na-avenida-paulista.html>. Acesso em: 22 jul. 2014.

⁴⁰ Ver: BRASIL, 2011b.

⁴¹ A expressão *amicus curiae* significa, em sua tradução literal, “amigo da corte”. No direito brasileiro, *amicus curiae* é um tipo especial de intervenção em processos de controle de constitucionalidade. É um tipo de intervenção de terceiros no processo constitucional com intuito exclusivamente assistencial, de oferecimento de informações relevantes sobre o tema para o tribunal. A figura do *amicus curiae* está prevista no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999, que disciplina as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidade, e nos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei n. 9.882/1999, que disciplina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Em geral, não se admite nenhum tipo de intervenção de terceiros em um processo de controle de constitucionalidade. No entanto, permite-se que o ministro relator da causa admita no processo a manifestação de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre a questão constitucional em xeque. Na qualidade de interventor estritamente assistencial, o *amicus curiae* não é parte no processo, sendo sua atuação relacionada à formação da convicção dos magistrados por meio das informações prestadas nos autos.

manifestações de forma bastante robusta, trazendo ao crivo do STF questões latentes da pauta antiproibicionista no país.

A Abesup enfatizou as questões relativas à liberdade de expressão e de reunião e ainda trouxe questões importantes sobre o autocultivo de canábis e a utilização medicinal e religiosa da planta. A manifestação da Abesup foi além do pedido formulado na inicial da ADPF, pleiteando o reconhecimento da atipicidade de determinadas condutas, tais como: o cultivo doméstico, o porte e o uso em âmbito privado da maconha, a utilização da referida substância para usos medicinais e para realização de pesquisas médicas, o uso ritual da maconha em cerimônias litúrgicas, dentre outras.

O IBCCRIM, por sua vez, enfatizou a necessidade de separar claramente a conduta do usuário de drogas da conduta do militante ativista que defende a descriminalização das drogas. Argumentou que a possibilidade de questionamento público da norma penal é justamente uma das vertentes basilares da liberdade de expressão efetiva, que engloba o direito de defender posições que não agradam à maioria.

Conquanto o clima que antecedeu a discussão tenha sido de confronto e o debate bastante extenso, a razão de decidir da ADPF 187 é bastante objetiva e foi incontroversa: discutir a legalização das drogas não significa realizar apologia ao consumo, e não é possível coibir um movimento social inteiro e frustrar o exercício de direitos fundamentais com base em alegações genéricas e assunções discricionárias.⁴² A liberdade de expressão,

⁴² Há um trecho do voto do ministro Celso de Mello que resume perfeitamente o entendimento esposado pelo STF: “‘A Marcha da Maconha’: expressão concreta do exercício legítimo, porque fundado na Constituição da República, das liberdades fundamentais de reunião, de manifestação do pensamento e de petição. É importante destacar, de outro lado, Senhor Presidente, que, ao contrário do que algumas mentalidades repressivas sugerem, a denominada ‘Marcha da Maconha’, longe de pretender estimular o consumo de drogas ilícitas, busca, na realidade, expor, de maneira organizada e pacífica, apoiada no princípio constitucional do pluralismo político (fundamento estruturante do Estado democrático de direito), as ideias, a visão, as concepções, as críticas e as propostas daqueles que participam, como organizadores ou como manifestantes, desse evento social, amparados pelo exercício concreto dos direitos fundamentais de reunião, de livre manifestação do pensamento e de petição. Nesse contexto, a questionada (e tão reprimida) ‘Macha da Maconha’ é bem a evidência de como se interconexionam as liberdades constitucionais de reunião (direito-meio) e de manifestação do pensamento (direito-fim ou, na expressão de Pedro Lessa,

argumentou o STF, significa que o homem possui – enquanto ser social – direito de se expressar livremente sem censura.

A questão não encontrou divergência na Corte: entendeu-se unanimemente que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação ao consumo de drogas nem com o de apologia ao crime. Nas palavras do relator Celso de Mello, “a proibição do dissenso equivale a impor à sociedade um mandado de imobilidade”, e, portanto, “é perfeitamente lícita a defesa pública da legalização das drogas”.

O caso da Marcha da Maconha evidencia alguns aspectos daquilo que Vieira (2008, p. 441-447; 451) denomina “Supremocracia”. Foi necessária a intervenção da Corte Constitucional brasileira para que se fizesse valer um aspecto básico da democracia e um direito fundamental, a liberdade de expressão. Posições jurídicas que se impuseram por anos nas primeiras e segundas instâncias de vários Estados do país, que impediram a mobilização nas ruas e que resultaram em prisões e desencadearam atos de violência policial contra manifestantes, tinham fundamentação jurídica que não se sustentou perante o Supremo Tribunal Federal. Embora o STF tenha levado mais de dois anos depois de acionado para finalmente intervir no caso – o que aconteceu sem dúvida pela repressão violenta à Marcha pelas forças policiais que antecedeu o encaminhamento do caso à pauta de julgamentos –, a posição jurídica de repressão à Marcha não teve adesão de nenhum ministro. Foi descartada sem grandes controvérsias pelo Plenário da Corte, que unanimemente chegou à conclusão de que discutir a revogação de qualquer tipo penal não implica apologia ao cometimento do delito em questão.

Interessante perceber nesse caso como o direito exerceu papel ambivalente: inicialmente acionada para reprimir o movimento, a discussão jurídica termina construída em torno da garantia da fundamentação à liberdade de

‘direito-escopo’), além do direito de petição, todos eles igualmente merecedores do amparo do Estado, cujas autoridades – longe de transgredirem tais prerrogativas fundamentais – deveriam protegê-las, revelando tolerância e respeito por aqueles que congregando-se em espaços públicos, pacificamente, sem armas, apenas pretendem, Senhor Presidente, valendo-se, legitimamente, do direito à livre expressão de suas ideias e opiniões, transmitir, mediante concreto exercício do direito de petição, mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas” (BRASIL, 2011a).

expressão e manifestação. Da mesma forma, percebe-se que a posição das agências do sistema de justiça variou bastante. A controvérsia jurídica pela caracterização do movimento como apologia ou incitação ao crime *versus* manifestação legítima de direito fundamental esteve presente em todos os órgãos e instâncias – Ministérios Públicos, juízes de primeira e segunda instância – e só foi pacificada após a manifestação do STF.

Após a decisão do STF, as marchas aconteceram sem maiores conflitos,⁴³ embora a disputa ideológica tenha permanecido. Tão logo o STF decidiu a questão, o deputado estadual paulista Zé Teixeira (DEM) e o senador Magno Malta (PR/ES)⁴⁴ concederam várias entrevistas em que lançaram fortes críticas à Marcha e à decisão do STF. Os parlamentares argumentaram que a Marcha contraria todos os valores da família brasileira e constitui um movimento arbitrário, imoral, que não pode ser levado a sério.

Um dos aspectos mais interessantes do caso é o de ter revelado como, apesar de mais de vinte anos desde a Constituição democrática, o espaço de exercício da liberdade de expressão e manifestação é instável e está em disputa.

⁴³ A imprensa brasileira registrou a realização das passeatas nos anos seguintes à decisão do STF. As passeatas com maior magnitude aconteceram em São Paulo e no Rio de Janeiro, e não há relatos de incidentes graves de repressão ou de conflito que tenham maculado a realização dos eventos. Ver:

2011 – Marcha da Liberdade – <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/05/marcha-da-liberdade-termina-na-praca-da-republica.html>.

2012 – Marcha da Maconha – <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/05/marcha-da-maconha-chega-ao-fim-em-sp-sem-incidentes-diz-pm.html>.

2013 – Marcha da Maconha – <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/06/manifestantes-realizam-marcha-da-maconha-na-avenida-paulista.html>.

2014 – Marcha da Maconha – <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/manifestantes-se-reunem-no-vaio-livre-do-masp-para-marcha-da-maconha.html>.

2015 – <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/05/marcha-da-maconha-acontece-na-avenida-paulista-neste-sabado.html>.

2016 – <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/ativistas-participam-da-marcha-da-maconha-na-avenida-paulista-em-sp.html>.

Acessos em: 5 set. 2016.

⁴⁴ Cf. <http://www.progresso.com.br/politica/ze-teixeira-critica-liberacao-da-marcha-da-maconha> e <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/06/21/magno-malta-critica-decisao-do-supremo-que-liberou-a-marcha-da-maconha>. Acesso em: 3 set. 2016.

O ato de questionamento do sistema penal ainda é visto como subversivo por uma parcela relevante de agentes do sistema de justiça brasileiro, que efetivamente atuaram na sua repressão por mais de quatro anos até que viessem a ser contrariados pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, ainda que tenha sido necessária a intervenção do STF para sustar uma perseguição indevida a militantes, o episódio fornece indícios da consistência das vias institucionais criadas pela Constituição de 1988, sobretudo no que diz respeito aos mecanismos de controle de constitucionalidade.

3. DROGAS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESTRIÇÕES AO PODER PUNITIVO: O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP

O cenário que descrevemos acima retrata a dimensão da mobilização do movimento antiproibicionista no Brasil nos últimos anos. O principal tópico da pauta antiproibicionista é a descriminalização imediata do consumo pessoal de drogas em razão de dois argumentos centrais: o proibicionismo falhou na tentativa de contenção do crescimento do consumo e do comércio ilegal de drogas e as políticas implementadas ao redor do mundo trouxeram sérios questionamentos sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

Um dos reflexos imediatos da dinamização dessa discussão na esfera pública foi o surgimento de questionamentos judiciais sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Esses debates têm girado essencialmente em torno da eficácia dos direitos fundamentais e dos limites ao poder de legislar do Estado. A discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal em 1º de março de 2011, por meio do Recurso Extraordinário 635.659, interposto pela Defensoria Pública de São Paulo, que ainda está pendente de julgamento. Em 2011, foi reconhecida a repercussão geral do caso, o que significa que os ministros reconheceram a existência de questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, e, por isso, o caso deve ser julgado em apreciação colegiada da Turma ou do Pleno.⁴⁵

⁴⁵ Nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição, é necessária a comprovação de repercussão geral para a admissão dos Recursos Extraordinários. Repercussão geral é, conforme definido no § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, “a existência, ou não, de

O Recurso ainda está pendente de julgamento. Em 10 de setembro de 2015, o então ministro Teori Zavascki pediu vista do feito. Em 23 de novembro de 2018, o ministro Alexandre de Moraes, sucessor de Zavascki, devolveu os autos para a decisão. Com isso, o recurso foi adicionado ao calendário de julgamento, em 18 de dezembro de 2018. Porém, o processo foi retirado da pauta em 30 de maio de 2019.⁴⁶ Isso se repetiu mais uma vez, quando o recurso foi adicionado ao calendário da corte, em 14 de junho de 2019, para depois ser novamente excluído, em 28 de outubro de 2019, por conta do julgamento das ações referentes à inconstitucionalidade da execução provisória da pena.⁴⁷ Desde então, não houve outras manifestações dos membros do STF sobre o RE 635.659/SP. Por ora foram proferidos três votos, com três entendimentos diferentes. O ministro relator, Gilmar Mendes, votou pela inconstitucionalidade completa do art. 28 (*caput* e § 1º) por entender que a criminalização do consumo viola a privacidade e o princípio da lesividade.⁴⁸ Ainda, o relator entendeu que a inconstitucionalidade deveria ser declarada com relação a todas as drogas, já que o Recurso Extraordinário ataca o dispositivo legal em abstrato. Ou seja, muito embora o caso concreto que deu origem ao recurso envolva a posse de maconha, apenas, o controle de constitucionalidade é realizado sobre a norma em abstrato, tal como redigida.

O ministro Edson Fachin⁴⁹ entendeu que o caso trata apenas da posse de maconha, e restringiu a declaração de inconstitucionalidade à posse e

questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa". Nos termos do § 4º do art. 543-A do CPC, a repercussão geral será apreciada em decisão colegiada de uma das turmas do STF ou, se for o caso, do Plenário do tribunal.

⁴⁶ Cf. ROSSI, Marina. STF suspende julgamento sobre a descriminalização das drogas. *El País*, São Paulo, 30 de maio de 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/30/politica/1559242849_891358.html. Acesso em: 29 jan. 2020.

⁴⁷ Cf. OLIVEIRA, Mariana. Julgamento sobre prisão em segunda instância faz STF adiar decisão sobre porte de drogas. *G1*, Brasília, 28 de outubro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/10/28/julgamento-da-segunda-instancia-faz-stf-adiar-decisao-sobre-porte-de-drogas.ghtml>. Acesso em: 29 jan. 2020.

⁴⁸ O voto do Ministro Relator Gilmar Mendes está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 5 set. 2016.

⁴⁹ O voto do Ministro Edson Fachin está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>. Acesso em: 5 set. 2016.

plântio de canábis, não se pronunciando sobre a questão no que concerne às outras drogas.

Por fim, o terceiro voto até agora proferido é do ministro Roberto Barroso.⁵⁰ O ministro entendeu que o Recurso discute apenas a posse de maconha, limitando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade à canábis. O voto do ministro, então, declara a inconstitucionalidade do art. 28, *caput* e § 1º, no que diz respeito à maconha. O ministro ainda vai além e propõe uma afirmação para a Repercussão Geral, que poderá ser submetida a votação em separado pelo Plenário do STF para decidir sobre a criação de súmula a respeito.

Barroso propõe a seguinte afirmação para ser discutida e votada:

É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei n. 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.

Ou seja, a proposta do ministro Barroso é a de estabelecer um padrão referencial não vinculante das quantidades indicativas de uso e tráfico. O padrão é referencial e não vinculante, porque o texto da proposta indica expressamente a possibilidade de decisões que não atentem aos valores indicados. No entanto, a proposta também prevê expressamente que o ônus argumentativo das decisões que não se utilizarem dos padrões referenciais será maior quando foram desfavoráveis ao réu.

Quando todos os votos forem proferidos, o Supremo Tribunal Federal dará a última palavra sobre a validade jurídica da criminalização do

⁵⁰ O voto do ministro Barroso está disponível em: <http://jota.uol.com.br/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas>. Acesso em: 5 set. 2016.

consumo de maconha no Brasil. Uma decisão, portanto, capaz de alterar radicalmente a regulamentação da questão no plano nacional.

3.1. O CASO⁵¹ – TRÊS GRAMAS DE CANÁBIS PARA CONSUMO PRÓPRIO: RISCO À SAÚDE PÚBLICA OU DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE?

Para compreender o processo de transformação de demandas sociais em normas jurídicas válidas utilizaremos aqui a imagem de dentro/fora do sistema jurídico, não como fronteiras fixas e preestabelecidas, mas como processos de passagem ou “tradução” de um argumento “externo” para a linguagem jurídica; ou então “juridificação”, como Nobre e Rodriguez (2011, p. 18) definem: “tradução para o código direito”. Dessa forma, podemos inicialmente pensar em duas grandes dimensões sob as quais se pode discutir a questão da legitimidade de uma política pública: uma perspectiva que se pode chamar de *interna* ao sistema jurídico e outra perspectiva *externa*. Sob a perspectiva interna, observa-se a validade jurídica do conjunto de normas e instituições. Isso significa que boa parte das discussões gira em torno do *pertencimento*⁵² de um conjunto de normas ao ordenamento jurídico. Sob a perspectiva externa a discussão é aberta para abranger dimensões de avaliação à luz de outros sistemas sociais, alheios à lógica interna do sistema jurídico. Moral, política, religião, economia são alguns dentre muitos outros sistemas capazes de oferecer pontos de vistas válidos para dimensionar a análise da legitimidade da política de drogas.

Argumentos das mais diversas extrações são levantados na esfera pública para se debater uma política pública. Eles perpassam os debates parlamentares sobre um projeto de lei, as decisões do poder Executivo, mas não penetram diretamente na esfera do Judiciário, ao menos sem que se faça necessária uma intermediação (ou tradução). O debate jurídico se faz sob

51 As informações apresentadas foram produzidas a partir da cópia integral do processo eletrônico do Recurso Extraordinário, disponibilizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 21 jun. 2014.

52 Utilizamos aqui a terminologia *kelseniana* sobre a dimensão de análise da validade jurídica das normas jurídicas. Ver: KELSEN, 2005, p. 42-66; 181-184; 222-232.

uma *língua* própria, a dogmática jurídica, que envolve a reconstrução dos pontos de vista em disputa levando em consideração as normas vigentes e os discursos de interpretação disponíveis. Ainda que cada vez mais muitas decisões levem em consideração diretamente (ou seja, sem tradução) argumentos externos ao direito para avaliar suas consequências,⁵³ é muito difícil que uma decisão jurídica se sustente apenas com base nesses argumentos. Argumentos externos e posições ideológicas ao entrar no direito devem passar por um processo de “tradução” para a linguagem jurídica. No campo das disputas jurídicas, as ideologias são transformadas por “ideologias jurídicas”, na expressão de Viehweg (1997a, p. 101; 1997b, p. 115 e ss.). Elas tomam a forma de controvérsias dogmáticas, embora possam ressignificar os próprios limites da dogmática. A dogmática jurídica está longe de ser um discurso neutro; ela é apenas a linguagem pela qual se dá a disputa *política* no campo do *direito*.⁵⁴ Não é objetivo deste texto se alongar sobre essa discussão, mas achamos necessário explicitar nosso ponto de vista em relação à disputa política no campo do direito, pois o que passamos a expor neste item é justamente esse processo de “tradução” da demanda pela descriminalização da maconha, que até agora descrevemos como tendo tomado as ruas na forma de Marcha em argumentação jurídica desenvolvida em um processo criminal.

A política de drogas brasileira é traduzida para o código⁵⁵ do sistema jurídico por meio da criação de normas jurídicas e instituições. Todas as dimensões estruturais da política criada pela Lei n. 11.343/2006 e seus regulamentos são

53 Sobre o uso de argumentos consequencialistas pelo Judiciário, cf. PARGENDLER e SALAMA, 2013, p. 95-144.

54 Sobre as relações entre a linguagem da dogmática jurídica e a democracia, cf. RODRIGUEZ, PÜSCHEL e MACHADO, 2012, p. 33-52.

55 Código é o termo utilizado por Luhmann para se referir ao conjunto de elementos distintivos que um sistema social utiliza para a comunicação. O sistema jurídico, por exemplo, opera segundo ele pelo código normativo do proibido/permitido, ao passo que a ética opera pelo código moral/imoral, certo/errado, justo/injusto. Embora a ideia de código nos seja cara para compreender a especificidade e autonomia do direito e da dogmática penal como sua linguagem própria, não seguimos com Luhmann na discussão deste texto. Gostamos ainda de pensar a ideia de código aqui, como fizeram Nobre e Rodriguez (2011), não como forma fixa, mas como os termos reconfiguráveis em que se dá a disputa pelo direito e pelas formas institucionais.

formatadas na linguagem jurídica por meio de um conjunto de normas jurídicas. Assim, o debate sobre a descriminalização do uso das drogas, que na esfera pública envolve argumentos morais, econômicos, políticos, etc., ao ser formatado em conflito passível de ser levado ao STF, tomou a forma da discussão sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Ou seja, sob a perspectiva interna, a discussão presente nesse caso se dá sobre a adequação de uma destas normas jurídicas instituídas por uma lei ordinária, o art. 28, a uma norma hierarquicamente superior,⁵⁶ a Constituição Federal. É sob esse *enquadramento* que gira o caso que passaremos a expor.

No dia 21 de julho de 2009, dois agentes penitenciários realizaram uma inspeção de rotina na cela n. 3 do raio 21 do Centro de Detenção Provisória de Diadema e encontraram um invólucro plástico contendo pequena porção de maconha. Os agentes perguntaram a quem pertencia a droga e supostamente F.B.S.⁵⁷ teria assumido ser o dono do material, alegando ser para seu consumo pessoal.

F.B.S. foi encaminhado à Delegacia, onde confirmou a versão dos agentes penitenciários perante a autoridade policial. O laudo pericial do Instituto de Criminalística atestou que a substância apreendida era maconha e que o invólucro continha pouco menos de três gramas de canábis.

Como F.B.S. estava preso quando foi flagrado com pequena quantidade de maconha, o Ministério Público não propôs a transação penal para aplicação imediata da pena, conforme determina o art. 76, § 2º, da Lei n. 9.099/1995.⁵⁸ Em razão disto, o *Parquet* ofereceu denúncia contra F.B.S. no

⁵⁶ Sobre a hierarquia das normas em Direito, cf. KELSEN, 2005, p. 181; 222-230.

⁵⁷ Ocultamos o nome do réu, que é irrelevante para o desenvolvimento deste artigo, para preservar sua privacidade.

⁵⁸ O art. 76 da Lei n. 9.099/1995 determina que, “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”. O dispositivo alude à chamada transação penal, que consiste na possibilidade de aplicação imediata da pena não restritiva de liberdade determinada em sentença proferida em rito sumaríssimo, com o fim de evitar a condenação criminal. Aceita a transação penal, a ação penal é extinta e desconsiderada para todos os fins criminais. A sentença que aplica a proposta de transação penal não é considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, sendo relevante apenas para determinar a possibilidade

dia 9 de novembro de 2009. Entendendo estarem presentes prova da materialidade do crime e indícios de autoria, a denúncia foi recebida pela juíza Patricia Helena Hehl Forjaz de Toledo, da 2ª Vara Criminal de Diadema, São Paulo, instaurando-se assim a ação penal contra F.B.S.

No interrogatório judicial, o réu negou que a maconha apreendida pertencia a ele. Além da negação da autoria, a defesa alegou que se estava diante de conduta materialmente atípica em razão da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Referido artigo ofenderia o princípio da lesividade e cercearia indevidamente direitos fundamentais. Indagou-se ainda qual seria a função da pena não privativa de liberdade a um indivíduo que está preso e ainda tem mais de 10 anos de pena a ser cumprida.

3.2. AS DECISÕES

A juíza da 2ª Vara Criminal de Diadema proferiu a sentença na própria audiência preliminar, julgando procedente a ação penal contra F.B.S. *“para condená-lo à pena de 02 (dois) meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública cujas atividades serão fixadas pelo Juízo da Execução, em conformidade com as vagas existentes”*.

A magistrada entendeu que a negação da autoria em juízo não estaria respaldada “nos fatos” e, por isso, a versão dos agentes penitenciários deveria prevalecer. No que diz respeito ao argumento da atipicidade material da conduta de F.B.S., entendeu não existirem razões para a

de aplicação futura do mesmo benefício, nos termos do que dispõe o § 4º do art. 76. A regra geral para admissão da transação penal é ditada pelo § 2º do art. 76: *“Art. 76 [...] § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”*. No caso concreto, F.B.S. fora flagrado com maconha dentro de um presídio enquanto cumpria pena decorrente de condenação criminal transitada em julgado. Por essa razão, incidiu a vedação do inc. I do § 2º do art. 76 da Lei n. 9.099/1995, dando ensejo à continuidade da ação penal.

declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Reconheceu em sua decisão que o tipo penal de uso de drogas visa tutelar um interesse legítimo de saúde pública da coletividade que não pode ceder em razão da garantia à liberdade ou intimidade do réu.

Além disso, a juíza considerou que o fato de a conduta do réu ter sido praticada dentro de um estabelecimento prisional enquanto cumpria pena só é relevante para determinar o agravamento da pena. Ou seja, o fato de F.B.S. estar preso não significaria que outras penalidades alternativas, como a prestação de serviços comunitários, perderiam sua função. A pena está prevista em lei e, segundo entendeu a juíza, deveria ser agravada por conta da “conduta social” do réu.

Contra a sentença foi interposto recurso de apelação na própria audiência preliminar. O recurso foi recebido e a defesa reiterou seus argumentos nas razões de apelação: a conduta de F.B.S. seria materialmente atípica por conta da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas e, ainda, não haveria prova suficiente da autoria do delito. O recurso foi respondido pelo Ministério Público de São Paulo, que argumentou pela manutenção da sentença em seus exatos termos.

A apelação de F.B.S. foi rejeitada, em 18 de junho de 2010, pelo Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema, em decisão relatada pelo juiz de direito Helmer Augusto Toqueton Amaral. A Turma julgadora entendeu que “*a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as típicas descritas no art. 28 a conduta de ‘usar’*”, razão pela qual não subsistiria o argumento de ofensa à liberdade individual ou à intimidade. Assim, com fundamentação bastante sucinta, o acórdão reiterou os termos da sentença proferida em primeiro grau e rejeitou genericamente o argumento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.

Diante do improvimento do recurso, o Defensor Público do Estado de São Paulo Leandro de Castro Gomes interpôs Recurso Extraordinário (RE)⁵⁹ contra o acórdão do Colégio Recursal.

59 O Recurso Extraordinário é previsto no art. 102, III, da Constituição Federal do Brasil, no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal. Nos termos do referido dispositivo, o RE é cabível contra decisões proferidas em única ou última instância que impliquem (art. 102, I, *a a d*): (a) contrariedade a dispositivo da Constituição; (b) declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) declaração de

3.3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A SUBIDA AO STF

O RE foi interposto com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição, sob a arguição de que o acórdão do colégio recursal violou o direito à intimidade de F.B.S. (CF, art. 5º, X) ao não reconhecer a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.⁶⁰

A defesa do réu apresentou dois fundamentos jurídicos para que seja julgado procedente o RE: (a) o art. 28 da Lei de Drogas viola o direito fundamental à intimidade e à vida privada porque não cabe ao Estado decidir o que o indivíduo faz ou deixa de fazer consigo na sua esfera de privacidade;⁶¹ e (b) o dispositivo também contraria o princípio da lesividade na medida em que o consumo pessoal de drogas não afeta diretamente direitos ou interesses juridicamente protegidos de terceiros – o que implicaria reconhecer a inexistência de um bem jurídico que possa ser penalmente tutelado.

Em direito penal, a ideia de lesividade a bens jurídicos é utilizada como fundamento legitimador das incriminações.⁶² Todo crime deve tutelar um bem jurídico e toda conduta, para ser considerada materialmente típica,

validade de lei ou ato de governo local contestado diante da Constituição; e (d) declaração de validade de lei local contestada em face de lei federal. Há ainda outro requisito de admissibilidade do RE: a demonstração da existência da chamada repercussão geral, nos termos do § 3º do art. 102 da Constituição. O RE é certamente um dos últimos remédios (porquanto há ainda a possibilidade de recursos internos dentro do STF) recursais existentes no direito brasileiro e se destina essencialmente a discutir questões constitucionais apreciadas ou não apreciadas em outras instâncias decisórias.

- ⁶⁰ Conforme consta das razões recursais apresentadas pela defesa de F.B.S.: “O recurso de apelação interposto perante o Colégio Recursal, que visava a reforma da decisão de primeiro grau que condenou o apelante, além da declaração de inconstitucionalidade do tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, foi provimento, violando, assim, o direito individual recorrente à intimidade e vida privada”.
- ⁶¹ Alega o recorrente em suas razões recursais: “Seu comportamento não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, em seu chamado *status libertatis*. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente da aguda intervenção penal”.
- ⁶² Sobre a doutrina tradicional do bem jurídico, ver: BARATTA, 1994; ROXIN, 2007, p. 445–450; ROXIN, 2009, p. 61 e ss.; ROXIN, 2011, p. 202 e ss.; HORMAZABAL MALARÉE, 1992; PRADO, 1996, p. 25–40. Embora a ideia de bem jurídico venha sendo criticada em âmbito teórico (cf. um pouco sobre esse debate em ARROYO ZAPATERO; NEUMANN; e NETO, 2003; LUZ, 2013), ela goza ainda de bastante vigor no debate jurídico penal nacional tanto na doutrina como na jurisprudência.

deve implicar lesão efetiva a tal objeto de proteção legal. Uma das consequências de tal formulação é, por exemplo, a criação jurisprudencial do princípio da insignificância – condutas materialmente insignificantes, como furtos de pequeno valor, não são consideradas materialmente típicas e por esta razão não se justificaria a ação persecutória do Estado em âmbito penal. A argumentação aqui é distinta, mas pressupõe a mesma abordagem em relação ao bem jurídico.

Nesses termos, o pedido formulado no recurso é o de declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, cumulando na reforma do acórdão do Colégio Recursal do JEC de Diadema para reconhecer a atipicidade material da conduta e determinar a absolvição de F.B.S., com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal.⁶³ A Procuradoria-Geral da República apresentou seu parecer contrário ao recurso argumentando que o bem jurídico tutelado pelo art. 28 é a saúde pública, razão pela qual não se sustentaria o argumento da insignificância lesiva da conduta do usuário de drogas. Entendeu a PGR que o usuário de drogas contribui para a disseminação social do vício e para a propagação das substâncias proibidas em território nacional.

Foram admitidos como *amici curiae* nesse processo nove entidades não governamentais com atuação em âmbito nacional, que desenvolvem atividades relacionadas ao tema das drogas: VIVA RIO, Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD), Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (Abesup), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) e Pastoral Carcerária. Todas as entidades puderam se manifestar no processo em favor do provimento do recurso com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.

⁶³ O pedido aduzido pelo recorrente foi: “Posto isso, pugna o recorrente pelo conhecimento e provimento deste recurso extraordinário, o que implicará no reconhecimento da violação do direito à intimidade e vida privada pela decisão impugnada, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, com a consequente reforma do acórdão que manteve o teor da sentença condenatória, sendo o recorrente absolvido nos termos do art. 386, III, do CPP, por atipicidade da conduta”.

O ministro Gilmar Mendes, relator do recurso, submeteu ao Plenário, em 8 de dezembro de 2011, a apreciação da existência de repercussão geral⁶⁴ na questão trazida ao STF.⁶⁵ Segundo ele, uma vez que a controvérsia constitucional do caso levará o STF a determinar se a Constituição brasileira “autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal”, trata-se de “discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria”. Foi acompanhado nesse posicionamento pelos demais ministros, que reconheceram a importância social e jurídica da questão, que precisa ser decidida em definitivo sob a jurisdição constitucional do STF.

3.4. ESPERANDO A DECISÃO: O QUE ESTÁ EM JOGO?

Como vimos, a demanda chegou ao STF com dois fundamentos jurídicos: o art. 28 da Lei de Drogas viola o direito à intimidade e o princípio da lesividade. Além destas duas questões, há duas outras trazidas aos autos por meio das manifestações dos *amici curiae*: a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para decidir sobre a constitucionalidade de qualquer restrição a direitos fundamentais feita pelo legislador e o contexto social em que se insere a prática da política de drogas no país.

Embora a aplicação do princípio da proporcionalidade não seja diretamente⁶⁶ mencionada nas razões de interposição do RE, nada impede que o STF se aproprie da noção de sopesamento para decidir a questão. O argumento foi trazido pela Conectas Direitos Humanos em sua manifestação como *amicus curiae* e pode servir para complementar a argumentação lançada pelo recorrente.

A Conectas sugere, em síntese, que a decisão sobre a legitimidade da estratégia do legislador de punir pela via do sistema criminal o uso de

⁶⁴ Cf. nota 59, *supra*.

⁶⁵ Cf. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 635.659/SP, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário do STF, julgamento em 8 de dezembro de 2011, p. 2.

⁶⁶ É, contudo, o princípio da proporcionalidade que fundamenta a própria noção de lesividade como limite ao poder punitivo do Estado. São noções correlatas e complementares, mas isto não é apresentado desta forma na peça recursal. Por conta disto, cabe apresentar a questão tal qual trazida aos autos pela Conectas Direitos Humanos.

drogas deve ser analisada sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade enquanto fator determinante da tutela de direitos fundamentais. A referência é a formulação do sopesamento tal qual feita por Alexy (2008, p. 163-179; 584-611),⁶⁷ segundo a qual a restrição a um direito fundamental só se fundamenta diante de previsão expressa em norma hierarquicamente igual (ou seja, uma norma constitucional) ou em razão da área de proteção⁶⁸ de outro direito fundamental, hipótese em que será necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade para determinar se a intervenção é legítima.

Os *amici curiae*, sobretudo a Conectas e o IBCCRIM, também compilaram em suas manifestações as principais decisões judiciais de que se tem notícia no Brasil, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 28. Foram apresentadas sete decisões,⁶⁹ incluindo acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do TJSP, tribunal que carrega a reputação de ser altamente conservador.⁷⁰

⁶⁷ Também sobre a proporcionalidade na formulação de Alexy, ver: SILVA, 2011, p. 363-380; SARLET, 2005, p. 325-386.

⁶⁸ Sobre o conceito de área de proteção, ver: ALEXY, 2008, p. 301-321; DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 136-141.

⁶⁹ São elas: (a) Sentença proferida pela Juíza de Direito Maria Lúcia Karam, da 8ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, nos autos do processo n. 4851/86, em 31 de maio de 1988; (b) Acórdão proferido pelo Conselho Permanente para a 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar nos autos do processo n. 17/95-5, em 7 de agosto de 1996. (c) Acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do 3º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Apelação Criminal n. 01113563.3/0-0000-000, relatado pelo Juiz de Direito Convocado José Henrique Rodrigues Torres em 31 de março de 2008; (d) Sentença proferida pelo Juiz de Direito do Rio de Janeiro Rubens Roberto Rebelo Casara nos autos do processo n. 0 074975-39.2010.8.19.0001, em 31 de janeiro de 2012; (e) Sentença proferida pelo Juiz de Direito Frederico Ernesto Cardoso Maciel, da 4ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, nos autos do processo n. 2013.01.1.076604-6, em 9 de outubro de 2013; (f) Sentença proferida pelo Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto, da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, nos autos do processo n. 0021875-62.2012.8.19.0208, em 20 de março de 2014; (g) Sentença proferida pelo Juiz de Direito José Henrique Rodrigues Torres, do Juizado Especial Criminal de Campinas, nos autos do processo n. 2.564/13, em 15 de abril de 2014.

⁷⁰ O acórdão, referido no item (c) da nota 69, *supra*, foi proferido pelo Juiz de Direito José Henrique Rodrigues Torres, titular da 1ª Vara Criminal de Campinas, atuando à época como Juiz Convocado da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Caberá ao STF, portanto, dar a última palavra sobre a legitimidade jurídica da estratégia política de criminalização do uso de drogas. Muito embora o enquadramento da discussão sobre a validade do art. 28 da Lei de Drogas seja essencialmente jurídico, as dimensões de legitimidade *externa* da política de drogas certamente desempenham um papel importante na compreensão dos contornos da questão e impactarão a decisão a ser tomada pelo Supremo.

4. AS DUAS DIMENSÕES DA DISPUTA: PELA POLÍTICA DE DROGAS BRASILEIRA, MAS TAMBÉM PELOS LIMITES DA DEMOCRACIA

O processo descrito até aqui dá conta em linhas gerais do percurso das mobilizações em torno da legalização do uso da maconha no Brasil, dos obstáculos que enfrentou e do seu resultado em distintos âmbitos institucionais. Esse quadro também levanta questões que estão além do tema da política de drogas e que dizem respeito a condições centrais do Estado de Direito e à qualidade das nossas instituições democráticas. Pretendemos, neste item, levantar alguns pontos para reflexão futura sobre esses temas.

A mobilização pela legalização da maconha alcançou o seu efeito de levar o tema para dentro das instituições formais, o que nos dá a dimensão da potência do debate público e da mobilização das ruas, articulada à atuação jurídica. A controvérsia pública protagonizada em grande medida pela Marcha da Maconha (embora não só, como já apontamos) teve reflexo nas instituições formais, que foram recentemente dinamizadas de distintas formas por instrumentos capazes de modificar a política nacional de drogas. Tanto a esfera legislativa como o Judiciário foram acionados, e, em ambos os casos, aguarda-se o processo de decisão, que seguirá as peculiaridades de cada uma das esferas. A repercussão do tema no congresso e no judiciário mostra que o debate público foi capaz de gerar *inputs* institucionais e colocar processos formais em movimento, embora ainda seja cedo para avaliar quão porosas as instituições serão aos argumentos que sustentam tal demanda.

Como mencionamos, os debates parlamentares são difíceis, com considerável resistência de setores mais conservadores.⁷¹ O Recurso Extraordinário impetrado pela defensoria pode ser mais um exemplo de utilização da via do

Judiciário diante do bloqueio do parlamento para decidir temas controvertidos com forte conteúdo moral. O caso, contudo, já poderia ter sido julgado desde 2011, e não será a primeira vez que o STF adia sem previsão o julgamento de questões de alta voltagem política. Embora seja notável, não se faz aqui uma crítica direta ao adiamento, pois sabemos que a remessa de um caso para a pauta de julgamentos não é fruto da eficiência ou celeridade do Tribunal, mas envolve também um juízo de oportunidade política.

Deve-se considerar ainda que o avanço da pauta substantiva da descriminalização se deu mesmo diante de um cenário inicial de bloqueio da

- 71 Não é o objetivo deste texto mapear o debate legislativo. Apenas para representar o cenário da controvérsia, cf., sobre o debate no Senado e na Câmara, as seguintes notícias: “Em debate na Câmara, maioria rejeita legalizar maconha. Em quatro horas e meia de debate, na Câmara dos Deputados, sobre os impactos da legalização da maconha, a maioria dos parlamentares, especialistas e autoridades públicas presentes se posicionou contra mudanças nas leis vigentes no Brasil. O seminário, organizado pela Comissão de Legislação Participativa (CLP), lotou o plenário 3 da Câmara na tarde de terça-feira, dia 06 de maio de 2014, em Brasília” (<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/em-debate-na-camara-maioria-rejeita-legalizar-maconha>); “Já há também parlamentares que se manifestaram de forma contrária ao debate proposto pela iniciativa, como é o caso do senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), que declarou que há temas mais relevantes em discussão e disse ser contrário à proposta. Já Paulo Davim (PV-RN) afirmou que é uma incoerência liberar a maconha. Se nós estamos numa campanha árdua para diminuir o número de tabagistas no Brasil e no mundo, seria uma incoerência concordarmos com a liberação dessa substância. O uso da maconha tem, sim, severas repercussões ao longo do tempo nos seus usuários, declarou o parlamentar do Partido Verde, agremiação que até pouco tempo defendia a descriminalização da canábis. No bloco dos contrários, porém, ainda há espaço para o senador Álvaro Dias (PSDB-PR) que recorreu ao argumento de que a maconha é porta de entrada para outras drogas. Acho que não devemos flexibilizar a legislação em relação ao uso da maconha. Eu sou frontalmente contrário. É estimular o vício e dar origem a vícios ainda mais perversos, disse o tucano. No entanto, há parlamentares que também estão dispostos à reflexão sobre o tema. Quais são as vantagens de termos a possibilidade de uma regulamentação à luz, inclusive, da legislação que recentemente foi iniciada em inúmeros países, dentre os quais o Uruguai? É uma tendência que merece ser seriamente estudada, ponderou Eduardo Suplicy (PT-SP). O senador Randolfê Rodrigues (PSOL-AP) disse que é necessário fazer o debate inspirado em experiências que deram certo ao redor do mundo. Eu acho que o Brasil tem que debater à luz das experiências existentes no mundo. Há experiências nos Estados Unidos, no Uruguai e na Europa. A questão deve ser tratada à luz das experiências, principalmente no que diz respeito à segurança e à saúde pública, defendeu Rodrigues” (cf. <http://www.revistaforum.com.br/digital/135/o-brasil-vai-legalizar-maconha/>). Acesso em: 6 set. 2016.

discussão pública por meio da utilização dos crimes e das medidas cautelares para conter a ação daqueles que se manifestavam publicamente sobre o tema. A interpretação a favor da criminalização das demandas públicas foi acolhida por parte dos atores do sistema de justiça, promotores, juízes e desembargadores, o que resultou, como vimos, em decisões proibindo a realização das manifestações públicas que questionavam a criminalização do usuário de drogas.

Não é possível medir, sem a realização de mais pesquisas empíricas, o efeito concreto dessa proibição para o movimento social. É possível até mesmo que tal controvérsia jurídica – que foi seguida pelo uso de prisões e de violência policial – tenha ampliado a visibilidade e a repercussão do movimento. No entanto, é inegável que, diante da repressão, o movimento social teve que enfrentar uma dupla tarefa: além da mobilização em torno da causa, teve que se mobilizar para garantir o espaço mesmo de mobilização. Isso se deu, por alguns anos, tanto pela persistência das passeatas e da ocupação das ruas pela Marcha como pela litigância na justiça. Aqui, as estratégias simultâneas do movimento e da repressão via Judiciário, bem como a existência de distintas posições entre distintas instâncias e juízes, permitiram que por quase meia década os resultados da atuação do sistema de justiça fossem assimétricos e instáveis. Foi apenas com a decisão do STF de 2011 no sentido de que a manifestação pública contra a existência de um crime não pode ser considerada crime é que se pode então, de forma tranquila, trazer à esfera pública a rediscussão dos fundamentos que sustentam o crime de consumo pessoal de entorpecente.

A forte intervenção do sistema de justiça no caso evidencia os vínculos entre a disputa social e a disputa jurídica. A análise da utilização de instrumentos jurídicos de lado a lado e as respostas do sistema de justiça em diferentes momentos da batalha entre argumentos revela como as posições morais e ideológicas foram traduzidas em disputa jurídica e como essas esferas se influenciaram e se alimentaram mutuamente ao longo dos últimos anos. Da mesma forma, mostra a ambiguidade do direito, ora mecanismo de controle e repressão, ora mecanismo de salvaguarda dos direitos de liberdade e do próprio processo democrático; e as relações da luta social com essas duas facetas do direito.

Analísado sob outra perspectiva, este caso também traz elementos para reflexão sobre nossa autocompreensão como sociedade política e democrática e sobre a legitimidade do nosso direito positivo. Isso porque tal repressão jurídica ao exercício do questionamento de uma norma do sistema jurídico é incompatível com os pressupostos do Estado de Direito, para o qual são constitutivos os direitos de cidadania, de liberdade de expressão e de manifestação na esfera

pública. Incompatível também com qualquer visão de democracia que não limite seu exercício às instituições formais dos mecanismos de representação política e que considere a dimensão discursiva dos participantes da democracia no processo de criação de normas legítimas.

Se pensarmos que o fenômeno jurídico não se esgota na possibilidade de coerção e que a força do direito está para além dela, ou seja, está ligada a uma esfera de legitimação, é preciso então pensar o direito para além do mero funcionamento das instituições formais – o parlamento, o Judiciário e o Executivo criando, decidindo e fazendo valer as normas sob ameaça de coerção – e incluir aí os processos sociais de discussão, reflexão, criação de sentido e crítica das normas. Ou seja, uma tal visão do direito – que é pensada pela teoria do discurso do direito, a partir de autores como Jürgen Habermas e Klaus Günther –, ao evidenciar processos democráticos de formação das normas, pressupõe uma legitimidade ligada a um poder social que não está constrangido ao poder Legislativo, como em uma visão liberal tradicional da democracia.⁷² Não teremos tempo de entrar nesse tema aqui; de qualquer modo, nem é preciso avançar nesse ponto para concluirmos que a situação que descrevemos acima, de bloqueio do debate público pela ameaça de criminalização da expressão da opinião, é de todo incompatível com qualquer ideia, ainda que intuitiva, de deliberação pública livre de constrangimentos.

Nessa perspectiva, a ameaça à democracia representada pela repressão ao debate público tem também efeitos para a legitimidade do direito, no caso, para a legitimidade da própria lei cujo questionamento público foi vetado. Esse ponto fica mais claro se pensarmos o processo democrático a partir da

⁷² Ao tratar da gênese democrática do direito legítimo, Habermas mostra como o direito moderno se diferencia do direito tradicional justamente pela ausência de valores indisputáveis que o legitimem. Na sociedade moderna não há consensos no campo dos valores e dos significados e, justamente por isso, “as normas jurídicas têm de reivindicar sua própria legitimação como o resultado de processos discursivos inclusivos, por meio dos quais a pluralidade das vozes e opiniões que emergem socialmente mostram-se aptas a gerar consensos e acordos temporários, motivados pela ‘força de convencimento’ dos melhores argumentos disponíveis” (SILVA, 2013, p. 142). Para a teoria do discurso, o direito como instrumento de coerção está necessariamente ligado a uma expectativa de legitimidade, alcançada por processos democráticos de formação das normas. Em *Direito e democracia*, Habermas trata da produção do direito legítimo por meio de uma política deliberativa e dos pressupostos do modelo procedimentalista.

perspectiva dos cidadãos em um Estado Democrático de Direito, definidos por Klaus Günther como *peças deliberativas*.

A ideia de *pessoa deliberativa* vincula as duas dimensões, a da legitimação democrática e a da obediência ao direito, porque abarca os dois papéis dos cidadãos em uma democracia: o *cidadão* como autor de normas jurídicas, e a *pessoa de direito*, destinatários dessas normas (GÜNTHER, 2009, p. 37).

A *pessoa deliberativa* se caracteriza pela sua imputabilidade, ou seja, sua liberdade e capacidade de se posicionar criticamente diante de seus proferimentos e ações. É essa característica de estar em condições de, com base em razões, realizar ou não um ato que permite que ela responda por seus atos e seja sancionada em caso de descumprimento de uma norma vigente. Da pessoa deliberativa não é exigido que ela aceite as razões que sustentam uma norma; ela pode discordar da norma, embora seja cobrada, sob a ameaça de sanção, de se comportar de acordo com ela, mesmo a rejeitando. A rejeição à norma não pode ser legitimamente manifestada pela violação da norma. A rejeição à norma deve ser levantada nos debates públicos em que os cidadãos discutem as razões que os levam a apoiar ou a rejeitar uma norma. Ao mesmo tempo, é justamente a possibilidade que teve a pessoa deliberativa de participar do debate sobre a norma ou de levantar sua discordância em relação a ela a qualquer momento no debate público que torna legítima a exigência de que se obedeça à norma, mesmo em caso de discordância. Isso quer dizer que a pessoa deliberativa é titular de um direito subjetivo de participação política em procedimentos públicos de formação da opinião e da vontade. Procedimentos democráticos são organizados de modo que razões e contrarrazões em relação a propostas de normas possam ser examinados argumentativamente em uma competição pública pelas melhores razões. É da possibilidade do exercício do direito de tomar parte nesses procedimentos que decorre o dever de obedecer à norma (cf. GÜNTHER, 2009, p. 32–35). Se o direito moral de rejeitar a norma não for garantido à pessoa deliberativa no papel de cidadão, a exigência de obediência não será legítima.

Nessa perspectiva, o bloqueio de discussão pública sobre a criminalização do uso de drogas tem efeitos profundos em ambas as dimensões – tanto para o processo democrático como para a legitimidade das normas que compõem a política de drogas. No limite, é possível argumentar que até a decisão do STF de 2011, que garantiu minimamente o direito dos cidadãos de se manifestarem contra a norma na esfera pública, o dever de obediência à norma não podia ser exigido, ou melhor, não podia ser *legitimamente* exigido. O pacto democrático

que legitima o direito e o uso da sanção jurídica estava quebrado. Ao invés de proteger a norma, a tentativa de estabilização da norma pelo silenciamento do dissenso em relação a ela a desestabiliza, pois lhe retira a legitimidade.

A mobilização da Marcha e da litigância pelo direito de manifestação nesse caso foi essencial para restabelecer não somente o espaço da deliberação pública como a legitimidade do direito. É claro que a deliberação pública ainda deve ser aperfeiçoada, garantindo-se as melhores condições possíveis de participação e diálogo, e isso dependerá não somente da ausência de repressão, mas também da qualidade da participação e do quanto as instituições serão porosas aos argumentos da esfera pública. Isso ainda está por ser avaliado, observando-se os processos atualmente em andamento de discussão da política de drogas.

Os casos apresentados colocam em xeque a juridificação de visões estritamente morais em torno da categoria crime: as mobilizações da Marcha da Maconha e da Defensoria Pública de São Paulo provocaram o Judiciário para que ele estabelecesse que os crimes são fenômenos essencialmente políticos e que devem ser discutidos, portanto, na esfera política, por meio do debate público.

De qualquer modo, chamar a atenção para os bloqueios que o debate sobre drogas enfrentou nos parece importante neste momento também porque o bloqueio da participação infelizmente não parece ter sido excepcional no caso da Marcha da Maconha. Depois daí, a repressão ao direito de manifestação pública voltou a acontecer nas manifestações de junho de 2013⁷³ e em muitas outras desde então. Violência policial, prisão de

73 Entre 2012 e 2013 milhares de brasileiros foram às ruas para protestar, em diversas cidades, contra o aumento das tarifas de transporte público, sobretudo as tarifas de ônibus, constantemente reajustadas nos últimos anos pelas autoridades municipais brasileiras. Em junho de 2013 as mobilizações sociais cresciam cada vez mais e se espalhavam ao redor do país. As manifestações foram capitaneadas, à época: pelo Movimento Passe Livre, em São Paulo; pelo Fórum de Lutas contra o Aumento das Passagens, no Rio de Janeiro; pela Assembleia Popular Horizontal, em Belo Horizonte. As três capitais brasileiras foram os principais focos de mobilização contra o aumento das passagens. Entre os dias 6 e 13 de junho de 2013 o Movimento Passe Livre organizou quatro protestos contra o aumento das tarifas de ônibus, que havia sido anunciado pouco tempo antes pelo prefeito Fernando Haddad (PT/SP). Os atos foram marcados pela repressão policial: muitos manifestantes foram feridos em confrontos com a Polícia Militar de São Paulo, outros tantos foram presos e o cenário de destruição tomou conta da cidade. O avanço tecnológico permitiu que as cenas de violência policial fossem facilmente gravadas com apenas um celular, e, por conta disso, não demorou muito para imagens de abusos

manifestantes e uso de leis penais para incriminar o exercício de crítica marcam o retorno dessas ameaças e colocam novamente os movimentos sociais diante do desafio de garantir a liberdade de manifestação para então tentarem fazer avançar suas pautas de reivindicação política.

Tal situação põe à prova tanto uma ideia de democracia que valoriza a atividade política dos cidadãos como o próprio fundamento de legitimidade do Estado de Direito. Independentemente de quais demandas estão sendo silenciadas, tais ameaças ao debate público devem ser observadas com cautela diante dos riscos que representam para o Estado Democrático de Direito.

e de repressão incondicionada circularem nas redes sociais e nas mídias. Sob o pretexto de coibir atos de vandalismo nos protestos, a repressão policial foi marcada pela utilização excessiva da força indiscriminadamente contra qualquer um que se encontrasse nos arredores das manifestações. A violência era tamanha e tão escancarada que indignou não só os paulistanos, mas todo o Brasil. Os protestos espalharam-se pelo país e as cenas de violência policial se repetiram em várias cidades do país. Por meio da internet, sobretudo das redes sociais, as lideranças locais convocaram um ato público nacional, no dia 17 de junho de 2013, em favor da liberdade de manifestação do pensamento e contra a criminalização dos protestos. Estima-se que nas 12 cidades em que ocorreu a manifestação tenham passado mais de 500 mil pessoas, o que certamente significa a maior mobilização pública na forma de protesto da história democrática do Brasil. A partir de 17 de junho de 2013 a onda de protestos que ocupou as ruas do Brasil passou a incorporar diversos pleitos, transcendendo a questão do transporte público e da efetivação da liberdade de manifestação do pensamento. Em 2014, o Brasil viu uma nova onda de manifestações públicas na forma de protesto, quase todas focalizadas na crítica à Copa do Mundo, que ocorreu no país. Os protestos foram novamente marcados pela excessiva utilização da força por parte das autoridades policiais, que culminou em várias cenas de violência contra manifestantes pacíficos, contra jornalistas, turistas e até contra quem nada tinha que ver com as manifestações. Os protestos contra a Copa do Mundo no Brasil também foram marcados pela atuação “preventiva” das Polícias Cíveis estaduais, que lograram êxito em conseguir dezenas de mandados de prisão preventiva contra supostos manifestantes violentos. Por meio do monitoramento das atividades dos manifestantes nas redes sociais as polícias conseguiram identificar militantes que capitaneavam as mobilizações e passaram a persegui-los de toda forma para evitar sua participação nos protestos. Se os protestos de 2013 haviam sido marcados pela forte repressão policial nas ruas, os protestos de 2014 contaram com mais um ingrediente: as inúmeras prisões arbitrárias e injustificáveis de manifestantes. Estes eventos recentes reforçam a problemática apresentada neste artigo, evidenciando a necessidade de repensar as medidas necessárias para consolidação da democracia brasileira, sobretudo no que concerne ao debate público como meio por excelência de legitimação da opção democrática. Para mais informações sobre o histórico dos protestos de 2013, cf. http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013. Para mais informações sobre os protestos contra a Copa do Mundo de 2014, cf. ANISTIA, 2014.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANISTIA Internacional. *Balanc parcial da Copa*. Campanha Brasil, chega de bola fora. São Paulo, SP, 2014. Disponível em: http://issuu.com/anistiabrasil/docs/balanc__o_parcial_-_copa_-_final. Acesso em: 24 jul. 2014.
- ARROYO ZAPATERO, Luiz; NEUMANN, Ulfrid; NETO, Adam M. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, La Mancha, 2003.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, jan. 1994.
- BOITEUX, Luciana. *Tráfico de drogas e Constituição*. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009 (Série “Pensando o Direito”, Referência PRODOC BRA/08/001).
- BRASIL, Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292p.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187*. Relator: Ministro Celso de Mello, 15 de junho de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.274/DF*. Relator: Ministro Ayres Britto, 23 de novembro de 2011b.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 635.659* (em tramitação), relator Ministro Gilmar Mendes. Petição inicial disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>. Acesso em: 15 jul. 2014.
- BURGIERMAN, Denis Russo. *O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*. São Paulo: Leya, 2011.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASARA, Rubens Roberto. Convenções da ONU e leis internas sobre drogas ilícitas: violações à razão e às normas fundamentais. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, p. 30, 2013. Edição especial.
- COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. *Direitos Humanos – Visões Contemporâneas*. São Paulo, 2012.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Problemas de constitucionalidade da criminalização do tráfico de entorpecentes na perspectiva da tutela dos direitos fundamentais. *Revista Última Ratio*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, ano 3, n. 4, 2009.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 637-665.
- FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Drogas e direito penal mínimo: análise principiológica da criminalização de substâncias psicoativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 75, p. 135-183, nov./dez. 2008.
- FILGUEIRAS, Fernando. Perceptions on justice, the judiciary and democracy. *Brazilian Political Science Review*, n. 7, v. 2, p. 62-87, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bpsr/v7n2/03.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2020.

- GARCIA, Roberto Soares. A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. *Boletim IBC-CRIM*. Edição Especial sobre Drogas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt am Man. Vittorio Klostermann, 2005.
- GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. In: PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27-51.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1-2.
- HAILER, Marcelo. O Brasil vai legalizar a maconha? *Revista Fórum Semanal*, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/digital/135/o-brasil-vai-legalizar-maconha/>. Acesso em: 22 jul. 2014.
- HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social e democrático de derecho* (el objeto protegido por la norma penal). 2. ed. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.
- KARAM, Maria Lúcia. Drogas: dos perigos da proibição à necessidade da legalização. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, p. 10, 2013. Edição especial.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KOMETANI, Pâmela. Manifestantes realizam Marcha da Maconha na Avenida Paulista. *Globo – Portal G1*. São Paulo, 8 jun. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/06/manifestantes-realizam-marcha-da-maconha-na-avenida-paulista.html>. Acesso em: 22 jul. 2014.
- LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. Monografia – IBCCRIM, São Paulo, 2013. n. 64.
- MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, 2012. Edição especial sobre drogas.
- MARONNA, Cristiano Avila; ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Marcha da Maconha: apologia ou liberdade de expressão*. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Volume único. 1374C (Mesas de estudos e debates).
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Mandado de Segurança n. 4744713-36.2008.8.13.0000* Relator: Desembargador Vieira de Brito, 7 de agosto de 2008.
- NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Revista Novos Estudos*, v. 91, p. 5-19, nov. 2011.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Scenarios for the drug problem in the Americas 2013-2025*. Drafted by the Scenario Team appointed by the Organization of American States under the mandate given to the OAS by the Heads of Government of Member States meeting at the 2012 Summit of the Americas in Cartagena de Indias. Cartagena de Indias, 2012. Disponível em: http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe_de_Escenarios.pdf. Acesso em: 14 jul. 2014.
- OTERO, Lorena. *Das ruas ao Supremo Tribunal Federal: a criminalização da Marcha da Maconha no Brasil*. 2013. 1353fl. Relatório final (Iniciação Científica) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2013.
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, n. 262, p. 95-144, 2013.

PETRÓ, Gustavo; PIZA, Paulo Toledo. Manifestantes encerram Marcha pela Liberdade na Avenida Paulista. *Globo – Portal G1*. São Paulo, 18 jun. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/06/manifestantes-encerram-marcha-da-liberdade-na-avenida-paulista.html>. Acesso em: 20 jul. 2014.

PINHO, Márcio. Marcha da Maconha chega ao fim em SP sem incidentes, diz PM. *Globo – Portal G1*. São Paulo, 19 maio 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/05/marcha-da-maconha-chega-ao-fim-em-sp-sem-incidentes-diz-pm.html>. Acesso em: 24 jul. 2014.

POLÍCIA agride repórter e manifestantes da Marcha da Maconha em São Paulo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 22 maio 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/multimedia/videocasts/919102-policia-agride-reporter-emanifestantes-na-marcha-da-maconha-em-sp-veja.shtml>. Acesso em: 15 maio 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PREVIDELLI, Amanda. Marcha da Maconha passa pela Av. Paulista e chega à Consolação. *Globo – Portal G1*. São Paulo, 26 abr. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/manifestantes-se-reunem-no-vao-livre-do-masp-para-marcha-da-maconha.html>. Acesso em: 15 jul. 2014.

QUEBRANDO o tabu. Direção de Fernando Grostein Andrade. São Paulo: Spray Filmes, 2011. DVD.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ação Cautelar Inominada n. 2008.001.103260-6*. Juiz de Direito Roberto Câmara Lacerda Brandão, 3 de maio de 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. IV Juizado Especial Criminal. *Habeas Corpus n. 2009.001.0900257-7*, Juiz de Direito Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, 14 de abril de 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus n. 1080118354-9*, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, 3 de maio de 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus n. 70030025068*. Relatora: Desembargadora Genacéia da Silva Alberton, 3 de junho de 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus n. 70036328334/2010*, Relator: Desembargador Cláudio Baldino Maciel, 24 de junho de 2010.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 131-151.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do poder judiciário. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-54.

ROXIN, Claus. Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 202.

SABADELL, Ana Lucia; ELIAS, Paula. Breves reflexões sobre a política internacional de drogas: o papel das Nações Unidas. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (org.). *Direito penal no terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 217-233.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Mandado de Segurança n. 12198963/2-00*. Relator: Desembargador Euvaldo Chaib, 19 de agosto de 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Mandado de Segurança n. 0100200-35.2011.8.26.0000*. Relator: Desembargador Teodomiro Mendez. Decisão liminar proferida em 20.05.2011, julgada em 15 de agosto de 2011.

SARLET, Ingo. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXXI, p. 325-386, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 363-380.

SILVA, Felipe Gonçalves. Habermas e a ambiguidade do direito moderno. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 133-153.

SILVESTRIM, Mauro Leno. Maconheiro tem problema de memória: história do movimento pró-legalização da *cannabis* no Brasil. XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH. *Anais [...]*. São Paulo, jul. 2011. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300970373_ARQUIVO_PaperMauroLeno-SimposioTematico16.pdf. Acesso em: 14 jul. 2014.

STOTZKY, Irwin P. *Transition to democracy in Latin America: the role of the Judiciary*. Colorado: Westview Press, 1993.

VIDAL, Sérgio. Falta alguma coisa na história da maconha no Brasil e no mundo? *European Coalition for Just and Effective Drug Policies*, 16 abr. 2008. Disponível em: <http://www.encoded.org/info/Falta-alguma-coisa-na-historia-da.html>. Acesso em: 14 jul. 2014.

VIEHWEG, Theodor. Ideología y dogmática jurídica. In: *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997a.

VIEHWEG, Theodor. Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico. In: *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997b.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26 jun. 2014.

WACQUANT, Lóïc. from slavery to mass incarceration: rethinking the “race question” in the US. In: TONRY, Michael. *Why punish? How much? A reader on punishment*. New York: Oxford Press, 2011. p. 287-402.

WESTERN, Bruce; WILDEMAN, Christopher. The black family and mass incarceration. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 621, n. 1, p. 221-242, 2009.

WESTERN, Bruce; MULLER, Christopher. Mass incarceration, macrosociology and the poor. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 647 n. 1, p. 166-189, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Guerra às drogas e letalidade do sistema penal. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, p. 113 e ss., 2013. Edição especial.

ZÉ TEIXEIRA critica liberação da “marcha da maconha”. *O Progresso*, Dourados, 19 jun. 2011. Disponível em: <http://www.progresso.com.br/politica/ze-teixeira-critica-liberacao-da-marcha-da-maconha>. Acesso em: 22 jul. 2014.

Este Volume 2, “Direito e mobilização social”, da Série Direito e Desenvolvimento, apresenta estudos realizados no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Os estudos discorrem sobre disputas em diferentes arenas (Assembleia Nacional Constituinte, Congresso Nacional, Executivo, Judiciário e ruas), explorando as conexões entre o mundo da mobilização social e o do Direito. As mais distintas facetas dessa relação são analisadas – tanto as positivas, como as conquistas legislativas, o litígio estratégico e a participação em cortes constitucionais, quanto as negativas, como fracassos de implementação, ações de despejo e a repressão ao protesto de rua.

ISBN 978-65-87355-05-4



9 786587 355054