

Revista DIREITO GV 22

v. 11 n. 2 JUL-DEZ 2015
ISSN 1808-2432

FGV DIREITO SP

Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

EDITORA-CHEFE
CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

CONSELHO EDITORIAL
ÁLVARO PIRES *(UNIVERSIDADE DE OTTAWA - CANADÁ)*; ALBERTO AMARAL JR. *(USP)*; CELSO CAMPILONGO *(USP)*; CHARLES SABEL *(YALE LAW SCHOOL – EUA)*; DAVID TRUBEK *(WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA)*; DAMIAN CHALMERS *(LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND SOCIAL SCIENCE)*; DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO *(UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, COLÔMBIA)*; DIEGO EDUARDO LÓPEZ-MEDINA *(UNIVERSIDADE DE LOS ANDES - COLÔMBIA)*; ESTÊVÃO MALLET *(USP)*; GREGORY SCHAFFER *(WISCONSIN LAW SCHOOL- EUA)*; HANS-JÖRG ALBRECHT *(MAX-PLANCK INSTITUTE)*; JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ DE ARAÚJO *(UNIVERSIDADE DE BARCELONA – ESPANHA)*; JOSÉ EDUARDO FARIA *(USP)*; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PORTUGAL)*; JOSÉ MARIA AREILZA *(INSTITUTO DE EMPRESA – ESPANHA)*; JOSEP JOAN MORESO *(UNIVERSIDADE POMPEU FABRA – ESPANHA)*; JUDITH MARTINS-COSTA *(UFRS)*; KAZUO WATANABE *(USP-CEBEPEJ)*; KEITH S. ROSENN *(MIAMI LAW SCHOOL-EUA)*; NORBERT REICH *(UNIVERSIDADE DE BREMEN- ALEMANHA)*; MARCOS NOBRE *(UNICAMP-CEBRAP)*; MARIA TERESA SADEK *(USP-CEBEPEJ)*; MARTÍN FEDERICO BÖHMER *(UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA)*; MIGUEL POIARES MADURO *(FACULDADE DE DIREITO DA NOVA UNIVERSIDADE DE LISBOA)*; MIGUEL REALE JR. *(USP)*; PÉRSIO ARIDA; RAFFAELE DI GIORGI *(UNIVERSIDADE DE LECCE-ITÁLIA)*; ROGÉRIO PEREZ-PERDOMO *(IESA, CARACAS - VENEZUELA)*; RICARDO RIBEIRO TERRA *(USP-CEBRAP)*; SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN *(UNIVERSIDAD CATOLICA DE ASUNCION, PARAGUAI)*

EDITORES ASSOCIADOS
ARNO DAL RI *(FONDAZIONE CASSAMARCA)*; ANTONIO MAUÉS *(UFPA)*; CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT *(UNESP)*; JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES *(UFRJ)*; SOLANGE TELES DA SILVA *(UEA)*; TORQUATO DA SILVA CASTRO JUNIOR *(UFPE)*; VERA THORSTENSEN *(FGV)*; WILSON MADEIRA *(UFF)*

COMISSÃO EXECUTIVA
FLÁVIA PORTELLA PÜSCHEL; LUCIANA GROSS CUNHA; MAÍRA ROCHA MACHADO; MICHELLE RATTON SANCHEZ BADIN; SALEM HIKMAT NASSER; VIVIANE MULLER PRADO

missão

A Revista DIREITO GV publica artigos, resenhas, traduções e ensaios inéditos sobre temas jurídicos dogmáticos, teóricos, históricos, sociológicos ou trabalhos de pesquisa aplicada. Em todos os casos, os textos devem analisar criticamente o objeto estudado e evitar posturas formalistas que não se preocupem com o funcionamento real das instituições.

REDAÇÃO
BRUNO BORTOLI BRIGATTO (ASSISTENTE EDITORIAL)
CAMILLA BAZZONI DE MEDEIROS (REVISÃO)
ANA ALVARES (REVISÃO)
MAYARA LUIZA PEREIRA (PESQUISADORA)

DISTRIBUIÇÃO
COMUNIDADE CIENTÍFICA: 350 EXEMPLARES DOADOS
LIVRARIAS: 100 EXEMPLARES À VENDA

PERIODICIDADE
SEMESTRAL

PROJETO GRÁFICO
MARCELO GUERREIRO
ULTRAVIOLETA DESIGN

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
ULTRAVIOLETA DESIGN

PRODUÇÃO INDUSTRIAL
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: STILGRAF
DATA DE IMPRESSÃO: MAIO 2016
TIRAGEM: 450 EXEMPLARES

Revista DIREITO GV

v. 11 n. 2 JUL-DEZ 2015

FGV DIREITO SP

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DA

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(FGV DIREITO SP)

APOIO:

CNPq Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação

CAPES

Ministério da Educação

GOVERNO FEDERAL BRASIL PÁTRIA EDUCADORA

REVISTA DIREITO GV / FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. - VOL. 1, N. 1 (MAI. 2005) - SÃO PAULO : FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2005- .
V. ; 24 CM.

SEMESTRAL: 2005- .
EDITORES: JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, 2005/2014; CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI, 2014- .
PUBLICADA EM: SÃO PAULO: FGV-DIREITO SP, 2005- .
ISSN 1808-2432

1. RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO. 2. BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA. 3. DIREITO - PERIÓDICOS. I. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. II. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO.

CDU 34
CDD 340

A REVISTA DIREITO GV ADOTA A LICENÇA CREATIVE COMMONS ATRIBUIÇÃO-NÃOCOMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL, 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 DE SUA FONTE.



CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR - BELA VISTA
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL
TEL. (11) 3799-2172
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR

SUMÁRIO

EDITORIAL

EDITORIAL: **351**

Gender, race and poverty:
the approach of multiple identities by law

Gênero, raça e pobreza:
a abordagem de múltiplas identidades pelo direito

ENGULFED BY THE FAMILY: WOMEN IN THE COLOMBIAN DEVELOPMENT STATE BETWEEN 1966 AND 1990

ENGULFED BY THE FAMILY: WOMEN IN THE COLOMBIAN DEVELOPMENT STATE BETWEEN 1966 AND 1990
HELENA ALVIAR GARCIA: **365**

CHALLENGES TO THE IMPLEMENTATION OF THE MARIA DA PENHA LAW

DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA
CARMEN HEIN DE CAMPOS: **391**

ACCESS TO JUSTICE AND DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN: THE PERCEPTION OF LEGAL OPERATORS AND THE LIMITS TO THE APPLICATION OF THE MARIA DA PENHA LAW

ACESSO À JUSTIÇA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES: AS PERCEPÇÕES DOS OPERADORES JURÍDICOS E OS LIMITES PARA A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA
WÂNIA PASINATO: **407**

CLAIMING AND DEFENDING ABORTION RIGHTS IN SOUTH AFRICA

CLAIMING AND DEFENDING ABORTION RIGHTS IN SOUTH AFRICA
CATHI ALBERTYN: **429**

THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND THE RECOGNITION OF DIFFERENCES: POTENTIALITIES AND CHALLENGES OF ITS INSTITUTIONAL PRACTICES IN SÃO PAULO

A DEFENSORIA PÚBLICA E O RECONHECIMENTO DAS DIFERENÇAS: POTENCIALIDADES E DESAFIOS DE SUAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS EM SÃO PAULO
VANESSA ALVES VIEIRA E CLIO NUDEL RADOMYSLER: **455**

CEDAW AND WOMEN'S INTERSECTING IDENTITIES: A PIONEERING NEW APPROACH TO INTERSECTIONAL DISCRIMINATION

CEDAW AND WOMEN'S INTERSECTING IDENTITIES: A PIONEERING NEW APPROACH TO INTERSECTIONAL DISCRIMINATION
MEGHAN CAMPBELL: **479**

CONSTRUCTION OF MEMORY AND TRUTH IN A GENDER PERSPECTIVE

A CONSTRUÇÃO DA MEMÓRIA E DA VERDADE NUMA PERSPECTIVA DE GÊNERO
MARIA AMÉLIA DE ALMEIDA TELES: **505**

BETWEEN THE SOVEREIGNTY OF THE LAW AND THE FLOOR OF THE PRISON: INCARCERATED MATERNITY

ENTRE A SOBERANIA DA LEI E O CHÃO DA PRISÃO: A MATERNIDADE ENCARCERADA

ANA GABRIELA MENDES BRAGA: **523**

THE BRAZILIAN JURISPRUDENCE ABOUT MOTHERHOOD IN PRISON

A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DA MATERNIDADE NA PRISÃO

LUCIANA SIMAS, MIRIAM VENTURA, MICHELLY RIBEIRO BAPTISTA E BERNARD LAROUZÉ: **547**

ESSAY
RESEARCH EXPERIENCES IN PRISON

ENSAIO

PESQUISAS EM CADEIA

DEBORA DINIZ: **573**

Other themes

Outros temas

BETWEEN A DISPERSING ELECTORAL SYSTEM AND CENTRALIZING PARLIAMENTARY RULES: THE BEHAVIOR OF BRAZILIAN FEDERAL REPRESENTATIVES

ENTRE UM SISTEMA ELEITORAL DISPERSIVO E UM REGRAMENTO PARLAMENTAR CONCENTRADOR: O COMPORTAMENTO DOS DEPUTADOS FEDERAIS

JÚLIO ROBERTO DE SOUZA PINTO: **589**

CONSTITUTING THE CONSTITUTION: PARADOXES, REASONS AND RESULTS

CONSTITUINDO A CONSTITUIÇÃO: ENTRE PARADOXOS, RAZÕES E RESULTADOS

BRUNO MENESES LORENZETTO E KATYA KOZICKI: **623**

REMARKS ON THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

LINCOLN FRIAS E NAIRO LOPES: **649**

EDITORIAL

Esta edição da **Revista Direito GV** está dividida em duas partes. A primeira parte apresenta o dossiê especial *Gênero, Raça e Pobreza: a abordagem de múltiplas identidades pelo Direito*, idealizado e coeditado em parceria com a professora da FGV Direito SP Marta Rodriguez de Assis Machado. A segunda parte traz artigos inéditos sobre temas variados recebidos pelo processo de submissão contínuo da revista.

Desde os anos de 1950, o tema do desenvolvimento social ganhou centralidade nos campos da política e da administração pública, assim como no pensamento social latino-americano. Os processos de industrialização e urbanização, a migração do campo para as cidades e a explosão demográfica foram analisados, principalmente, sob a lente da sociedade de classes. Classe social, pobreza, trabalho assalariado, desigualdades campo-cidade, centro-periferia e o papel regulador ou interventor do Estado na mobilização da economia e na promoção de políticas sociais focalizadas são exemplos dos temas que compuseram o debate sobre desenvolvimento.

Nessa agenda, tiveram pouco ou quase nenhum espaço, questões relativas ao impacto de tais processos na (re)produção de desigualdades que atingiam de forma específica certos grupos despossuídos como negros, mulheres e indígenas: a ocupação de terras Brasil afora e a expulsão indígena; a incorporação subalterna do negro no mercado de trabalho, a segregação racial dos espaços urbanos e a violência institucional contra a população negra; a segmentação do mercado de trabalho para absorver a participação feminina limitada a determinadas posições – em especial o trabalho doméstico informal – e a discriminação salarial.

A transição para a democracia no fim da década de 1970 abriu espaço para (e catalisou) a organização de movimentos sociais que denunciavam os efeitos específicos da desigualdade nas relações raciais/étnicas e de gênero e que demandavam o reconhecimento de direitos também específicos. No Brasil, os movimentos negro, indígena e de mulheres participaram de forma significativa durante a Assembleia Constituinte, tendo obtido conquistas importantes no campo dos direitos.

Desde então, esses atores vêm impulsionando a incorporação das pautas de gênero e raça/etnicidade no debate público e acadêmico sobre desenvolvimento e igualdade. No âmbito acadêmico, vale mencionar as contribuições iniciais de Florestan Fernandes (1970) e Heleieth Saffioti (1969) na década de 1970 ao abordar o imbricamento, respectivamente, das relações raciais e de gênero no debate sobre trabalho, inclusão e exclusão. Embora o tema das relações raciais já tivesse despontado no pensamento social brasileiro – ainda que sob um enfoque bastante distinto, menos preocupado com distribuição, como, por exemplo, na obra de Gilberto Freyre –, o tema do gênero ainda era uma novidade.

É, portanto, relativamente recente, a tematização das desigualdades e, em especial, do lugar subordinado das mulheres em uma sociedade patriarcal. Saffioti coloca de modo contundente a ideia de que a posição da mulher na família e na sociedade é

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201515

resultado de um sistema de dominação mais amplo. Para entender os efeitos do desenvolvimento capitalista na posição das mulheres, era preciso entender o papel da estrutura patriarcal na reprodução de preconceitos que justificam uma certa distribuição de posições fixas entre os gêneros – a exclusão da mulher de determinadas tarefas e posições no mercado de trabalho, sua vinculação "natural" ao espaço doméstico e do cuidado e as ocupações socialmente reconhecidas como "femininas" (professoras, enfermeiras, secretárias, trabalhadoras domésticas).

Aos poucos foi ficando claro que questionar o patriarcado era também questionar as construções simbólicas ligadas à família tradicional, (heterossexual, monogâmica e com mandato reprodutivo) e à falta de autonomia sobre o corpo e sobre a sexualidade. Nesse percurso, outras identidades de gênero entraram em disputa e novos atores sociais, tal como o movimento LGBT, também passaram a brigar contra esse sistema de discriminação e exclusão de direitos. O Brasil assinou compromissos internacionais; a esfera pública se abriu a debates mais plurais sobre padrões não binários de sexualidade, transgênero, identidades múltiplas; e a disputa simbólica e moral com visões mais conservadoras se acirrou.

No contramovimento, para além da igreja católica, há o crescimento do papel das igrejas evangélicas. Os setores conservadores, que defendem a família tradicional, o papel subordinado da mulher e a intolerância frente a homossexuais, ganharam espaço político no parlamento e na esfera pública. Hoje, o Brasil vive cenários conflitivos nesse campo: no cenário parlamentar, vemos, por exemplo, um projeto que prevê a "cura gay" disputando espaço com um projeto que criminaliza a homofobia; temos, de um lado, o estatuto do nascituro e as tentativas de retrocesso nos direitos reprodutivos e, de outro lado, o STF decidindo pela criação de mais uma causa de aborto legal (para o feto anencefálico). Enquanto isso, mulheres se organizam nas ruas, reivindicando autonomia para fazerem escolhas sobre seus corpos e pedindo a cassação do líder conservador do Congresso Nacional. Além disso, as tentativas de inclusão de programas oficiais de educação pela liberdade e igualdade de gênero nas escolas também enfrentam reações conservadoras contra a "ideologia de gênero". Isso demonstra, mais uma vez, a "alta voltagem" política do tema.

Os problemas são persistentes e graves. As taxas de violência doméstica e sexual contra mulheres são muito altas. Crimes de intolerância de gênero, especialmente contra homossexuais e transexuais, são frequentes. O assédio marca o dia a dia das relações de gênero. Mulheres ainda enfrentam desigualdade salarial e índices vergonhosos de sub-representação na política. O trabalho doméstico informal e mal remunerado é feminino e negro. São também mulheres negras que morrem cotidianamente em clínicas de aborto clandestino. A licença paternidade de 5 dias é risível, e os cuidados domésticos e dos filhos é ainda assunto de mulher em nosso imaginário simbólico.

Ou seja, a desigualdade econômica e política tem gênero e cor. Hoje em dia, não é mais possível discutir hierarquias sociais sem discutir hierarquias raciais e de gênero. Por exemplo, não se pode falar em acesso ao mercado de trabalho sem questionar

a institucionalização, no seio da sociedade capitalista, da separação de duas esferas supostamente distintas de atividades: produção e reprodução. O trabalho produtivo é historicamente associado ao homem e remunerado, enquanto as atividades de cuidado, não remuneradas e desvalorizadas, são exercidas pelas mulheres. Sem questionar essa divisão estrutural da nossa sociedade, mulheres (brancas) apenas conseguirão ir ao mercado de trabalho às custas do trabalho doméstico mal remunerado e muitas vezes informal de outras mulheres (negras). Sem discutir o patriarcado, políticas públicas bem-intencionadas (tal como o Bolsa Família), ao dar à mulher a reponsabilidade de cuidar do dinheiro da família, acabam sedimentando a obrigação de a mulher fazer a administração doméstica e cuidar dos filhos, aumentando o grau de responsabilização e reforçando o papel de cuidadora da mulher.

As taxas excessivamente altas de violência de gênero são parte da agenda de segurança pública. A população prisional feminina cresceu mais de 500% nos últimos 15 anos, enquanto a masculina teve um aumento de 119%).[1] Estabelecimentos prisionais não têm estrutura para o exercício da maternidade. Nas Fundações Casa, os cursos profissionalizantes – oferecidos para meninas adolescentes – são de culinária, manicure, cabeleireiro, recepcionista, maquiagem, corte e costura, pintura em tecido e artesanato. Presas transexuais não podem permanecer em presídios masculinos pois, nesses locais, colocam em risco sua integridade física e sua vida. Não é possível olhar para o sistema de saúde sem considerar a taxa de mortalidade materna, a violência obstétrica, a cirurgia de mudança de sexo e a necessidade de atendimento especializado a mulheres, homossexuais e transexuais vítimas de violência. Esses poucos exemplos nos mostram que não apenas as questões de gênero ganharam importância na agenda política da sociedade brasileira (ainda que de modo conflitivo e disputado), mas também que não é possível pensar políticas públicas sem considerá-las.

Políticas públicas "neutras" reforçam a invisibilização e a marginalização dos problemas que atingem grupos específicos e os mantêm como minorias despossuídas e sem direitos. Discutir pobreza, distribuição de renda, desenvolvimento, acesso a direitos e à Justiça (como se todos e todas sofressem seus efeitos de maneira equiparável, e como se as soluções pudessem beneficiar a todos e todas de maneira igual), é uma premissa equivocada no desenho de políticas públicas, que resulta na manutenção de violações de direitos humanos desses grupos. O falso dilema do igualitarismo neutro é nocivo para se pensar no desenvolvimento de uma sociedade democrática.

É justamente a partir dessa perspectiva que nos lançamos a pensar sobre as questões de gênero, desigualdades e direitos no âmbito da agenda sobre Direito e Desenvolvimento, foco do mestrado acadêmico da FGV Direito SP. Este dossiê especial – *Gênero Raça e Pobreza: a abordagem de múltiplas identidades pelo Direito* – faz parte desse esforço.

Em 2014, em parceria com o Oxford Human Rights Hub, a FGV Direito SP realizou o Seminário Internacional *Gênero, Raça e Pobreza: a abordagem de múltiplas identidades pelo Direito*.[2] O objetivo era reunir pesquisadoras e pesquisadores do

Sul global para discutir problemas comuns ligados às intersecções de gênero, raça e pobreza. Em debates internacionais, a pobreza é frequentemente abordada de um ponto de vista neutro no que concerne ao gênero. Da mesma maneira, a discriminação racial é acessada por uma perspectiva neutra no que concerne tanto ao gênero quanto à pobreza. Essas abordagens não são adequadas para retratar as várias e intrincadas violações de direitos humanos vividas por mulheres pobres com identidades múltiplas; assim, nosso objetivo não era só traçar diagnósticos sobre problemas comuns, mas também pensar nos desafios dessa perspectiva para as políticas públicas.

A reunião de pesquisadores do Sul inevitavelmente nos colocou diante do tema do desenvolvimento. Em que medida as questões de gênero se colocam no debate sobre desenvolvimento? Quais assimetrias são reforçadas por políticas de desenvolvimento econômico ou políticas de distribuição que não levam em consideração as desigualdades de gênero? Como nossas sociedades essencialmente patriarcais resistem à discussão sobre gênero?

A maior parte dos textos que compõem este dossiê vieram de discussões que começaram nesse Seminário.

Helena Alviar Garcia aborda as políticas de distribuição de renda colombianas das últimas décadas e seu papel na reprodução da lógica patriarcal em que as mulheres ocupam essencialmente o papel da reprodução no âmbito da família e enfrentam dificuldades no acesso a recursos.

Dois artigos, o de Carmen Hein de Campos e o de Wânia Pasinato, abordam o cenário de disputas e desafios institucionais na implementação da Lei Maria da Penha, quase dez anos após sua promulgação. A partir de uma pesquisa empírica sobre a efetividade da lei em Porto Alegre, Recife, Salvador, Rio de Janeiro e São Paulo, Wânia detecta a reprodução de estereótipos de gênero entre os operadores do direito, o que tem impacto significativo no acesso a direitos pelas mulheres. Carmen foca sua análise nos problemas de implementação da rede de atendimento à mulher, descobertas na CPI da violência contra a mulher.

Ainda sobre os desafios de implementação de políticas públicas, Cathi Albertyn discute o cenário que se estabeleceu na África do Sul após 20 anos de aprovação de uma lei progressista sobre o aborto. Em meio às dificuldades de implementação e aos riscos de retrocesso, mostra que os desafios das políticas de gênero não se esgotam na promulgação da lei, e que o ativismo da sociedade civil é crucial na garantia do acesso efetivo ao aborto seguro e legal para as mulheres.

Esses textos mostram como a disputa e o monitoramento da implementação das políticas públicas – o que envolve não apenas a dimensão do judiciário e seus atores, mas também a da organização das instituições e do treinamento de todos os servidores envolvidos na política – é crucial para a garantia de direitos, desafiando visões formalistas que tendem a achar que a promulgação da lei é o momento final da disputa. Avaliando a importância do funcionamento das instituições na questão da defesa de minorias, Vanessa Vieira e Clio Radomysler escrevem sobre o papel da Defensoria Pública na promoção do reconhecimento às diferenças; os desafios e possibilidades na adoção, por essa instituição, de abordagens transversais que lidem com as necessidades de grupos estigmatizados.

Não é possível, hoje em dia, tratar da inclusão de minorias em políticas públicas sem falar a respeito de abordagens interseccionais, ou seja, falar sobre o ponto de cruzamento entre múltiplas discriminações, que faz com que a discriminação sofrida por determinada pessoa tenha uma natureza distinta e não seja apenas a soma de suas condições. Mulheres negras e presidiárias têm uma experiência de sofrimento e violação de direitos distinta de mulheres brancas, ou de mulheres negras em liberdade. Incorporar a abordagem interseccional é um desafio hoje colocado não só ao debate acadêmico, mas também às políticas públicas e às instituições. A respeito desse debate, Meghan Campbell analisa como o Comitê CEDAW aborda a interseccionalidade em suas decisões e mostra, no detalhe, como a interseccionalidade pode ou não estar presente nas decisões, e que diferença isso faz.

O ensaio de Debora Diniz, os textos de Ana Gabriela Mendes Braga e dos coautores Luciana Simas, Miriam Ventura, Michelly Ribeiro Baptista e Bernard Larouzé tratam do gênero na prisão. Em um ensaio provocativo, tanto na forma como nas questões que aborda, Debora mostra que o campo da pesquisa sobre prisão é masculino e que enfrenta o desafio de incorporar o gênero. Ana Gabriela entra no debate a partir de micronarrativas de mães no cárcere e mostra coisas que só o olhar próximo deixaria ver sobre a experiência das mulheres na prisão. O terceiro texto dessa série analisa criticamente decisões judiciais do STF, STJ e dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo e Mato Grosso, de 2002 a 2012, que envolvem mulheres presas e seus filhos nascidos na prisão. A análise dos resultados sugere uma invisibilidade do tema da maternidade na prisão e os limites impostos aos direitos das crianças à amamentação, à saúde e à convivência com a mãe em prol de um discurso de garantia da ordem e segurança pública.

Por fim, o desafio de lidar com as experiências pessoais se coloca novamente em nosso conjunto de textos, a partir do relato de Maria Amélia Telles. Em um registro que parte de sua experiência como militante contra a ditadura, Amelinha, que hoje é ativista feminista, trata da violência institucional de gênero da ditadura. O aspecto de gênero, frequentemente obscurecido nos debates sobre as violações de direitos humanos daquele período, nos mostra uma realidade muito particular das mulheres que viveram e militaram nos "anos de chumbo". Elas não só enfrentaram um tipo de violência agravada por sua condição de mulher, mas também enfrentaram discriminações de gênero entre os próprios militantes da esquerda.

Amelinha nos mostra, junto com todas as autoras que reunimos neste conjunto, que não há luta política, nem desenvolvimento, nem democracia, se não houver exercício pleno da liberdade e igualdade entre os gêneros. E em uma Escola de Direito que se importa com Justiça, Igualdade e Desenvolvimento, esse tema deve ser tratado com centralidade.

Além do dossiê especial *Gênero, Raça e Pobreza: a abordagem de múltiplas identidades pelo Direito*, publicamos outros três artigos nesta edição da **Revista Direito GV**. O primeiro, de Júlio Roberto de Souza Pinto, traz uma análise do comportamento dos deputados federais da 53ª Legislatura (2007-2011) em dois temas de grande repercussão durante aquela

legislatura: as tentativas de reforma dos sistemas eleitoral e partidário e de limitação dos poderes de agenda do presidente. Ele apresenta uma avaliação das determinantes do comportamento parlamentar à luz da estrutura do presidencialismo de coalisão e representação proporcional com lista aberta, de um lado, e à luz da combinação de poder de agenda da presidência da República e centralização dos trabalhos da Câmara dos Deputados nas mãos dos líderes partidários, de outro lado.

O segundo artigo, de Bruno Meneses Lorenzetto e Katya Kozicki, procura identificar os paradoxos nos momentos constituintes e como eles podem ajudar a compreender os problemas na jurisdição constitucional e nos processos de produção da Constituição, bem como analisar a continuidade da tensão entre constitucionalismo e democracia.

Por fim, o artigo de Lincoln Frias e Nairo Lopes traz um aporte novo ao tema do princípio da dignidade humana, debatendo criticamente alguns usos já consagrados do princípio. Eles defendem que a dignidade humana deve ser definida a partir de uma combinação entre a autonomia pessoal e as condições para desenvolver e exercer essa autonomia.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Marta Rodriguez de Assis Machado
Coeditora do dossiê especial "Gênero, Raça e Pobreza: a abordagem de múltiplas identidades pelo Direito"

Catarina Helena Cortada Barbieri
Editora-Chefe

NOTAS

1 Fonte: *Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen mulheres* (2014). Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen). Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2015.

2 O *workshop* foi organizado por Marta Machado, Sandra Fredman e Cathi Albertyn. Além das próprias instituições envolvidas, Fapesp, Capes e CNPQ apoiaram financeiramente o evento.

EDITORIAL

This edition of the ***Revista Direito GV*** *is divided into two parts. The first part presents the special dossier* Gender, Race and Poverty: the approach of multiple identities by law *idealized and co-edited in partnership with professor Marta Rodriguez de Assis Machado from FGV Direito SP. The second part includes unpublished articles on various themes received via the journal's process of continuous submission.*

Since the 1950's, the subject of social development has become central to the fields of politics and public administration, as well as in Latin American social thought. The processes of industrialization and urbanization, migration from the countryside to the cities and demographic explosion were analyzed, mainly, under the lens of social classes. Social class, poverty, paid work, countryside-city and center-suburb inequalities, as well as the regulating and the interventional role of the State in mobilizing the economy and in promoting focused social policies are examples of the themes that comprised the debate on development.

Issues related to the impact of such processes on the (re)production of inequalities have had little or almost no space on this agenda, processes which specifically affected certain dispossessed groups like black people, women and indigenous people such as the occupation of lands throughout Brazil and indigenous expulsion; subordinate incorporation of black people in the labor market, the racial segregation of urban spaces and the institutional violence against the black population; segmentation of the labor market to absorb female participation limited to certain positions - in particular the informal domestic work market - and wage discrimination.

The transition to democracy at the end of the 1970s made space for (and has engendered) the organization of social movements who have denounced the specific effects of inequality on racial / ethnic and gender relations and that have demanded the recognition of material equality and specific rights. In Brazil, the black, indigenous and feminist movements participated significantly during the Constituent Assembly, having realized important achievements in the field of rights.

Since then, these actors have propelled the incorporation of agendas of gender and race / ethnicity in the public and academic debate on development and equality. In the academic sphere, it is worth mentioning the initial contributions of Florestan Fernandes (1970) and Heleieth Saffioti (1969) in the 1970s to address the overlapping, respectively, of racial and gender relations in the debate on employment, inclusion and exclusion. Although the subject of race relations had already been projected into Brazilian social thought —subject to a very distinct focus and less concerned with distribution, as we can see in the work of Gilberto Freyre —, the theme of gender was still a novelty.

It is, therefore, relatively recent to approach the subject of inequalities and in particular the subordinate place of women considering the effects of the patriarchy. In a poignant manner, Saffioti proposes the idea that the position of women in the family and in society is the result of a broader system of domination. To understand the effects of capitalist development on the position of women, it was necessary to understand the role of the patriarchal structure in the reproduction of prejudices which justify a certain distribution of fixed

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201515

positions between the genders – the exclusion of women from certain tasks and positions in the labor market, their "natural" association to the domestic space and the occupancies socially recognized as "female" (teachers, nurses, secretaries, and domestic workers).

Little by little it became clear that questioning patriarcalism also meant questioning the symbolic constructions related to the traditional family (heterosexual, monogamous and with reproductive mandate) and the lack of autonomy with regards to the body and sexuality. Along the way, other gender identities entered into dispute and new social players, such as the LGBT movements, also started to fight against this system of discrimination and exclusion of rights. Brazil has signed international commitments; the public sphere has opened up to more pluralistic debates about non-binary standards of sexuality, transgender persons, and multiple identities; and the symbolic and moral dispute with more conservative views was flared up.

As part of the counter-movement, beyond the Catholic Church, there is the growth of the role of evangelical churches. The conservative sectors, which defend the traditional family, the subordinate role of the woman and intolerance towards homosexuals, gained political space in parliament and in the public sphere. Today, Brazil is experiencing conflictive situations in this field: in the parliamentary environment, we see, for example, a project that provides a "gay cure" disputing space with a project that criminalizes homophobia. We have, on the one hand, the "statute of the unborn child" and the attempts for a setback in reproductive rights and, on the other hand, the Supreme Federal Court deciding to create another cause for legal abortion (for the anencephalic fetus). Meanwhile, women are organized in the streets, fighting for autonomy over decisions regarding their own bodies and asking for the cassation of the Conservative leader of the National Congress. Moreover, attempts to include official programs of education for freedom and equality of gender in schools also face conservative reactions against the "gender ideology". This shows, once again, the political "high voltage" of the subject.

The problems are persistent and serious. The rates of domestic and sexual violence against women are very high. Crimes of intolerance related to gender, especially against homosexuals and transgender people, are frequent. Harassment marks the day to day of gender relations. Women still face wage inequality and shameful indexes of under-representation in politics. Informal domestic and poorly paid work is female and black. It is also the black women who are dying daily in illegal abortion clinics. The paternity leave of 5 days is laughable and domestic care of children is still the woman's responsibility in our symbolic imagination.

In other words, political and economic inequality has gender and color. Today, it is no longer possible to discuss social hierarchies without discussing racial and gender hierarchies. For example, we cannot speak about access to the labor market without questioning the institutionalization, within the capitalist society, of the separation of two supposedly distinct spheres of activities: production and reproduction. The productive labor is historically associated with man and is paid, while the activities of care are unpaid and devalued, and are exercised by women. Without questioning this structural division in our society, women (white) will only go to the labor market at the expense of the poorly paid domestic and often informal work of other women (black). Without discussing patriarcalism, well-intentioned public policies (such as the Bolsa

Família), for giving the woman the responsibility of taking care of the family's money, end up putting the obligation on the woman to administrate her home and take care of the children, increasing their level of accountability and reinforcing the woman's role as a carer.

The excessively high rates of gender violence are part of the agenda of public security. The female prison population grew by more than 500% in the last 15 years, while the male population had an increase of 119%.[1] *Prisons have no structure for the exercise of motherhood. In CASA Foundations, professional training courses – offered to adolescent girls – are in cookery, manicures, hairdressing, receptionist training, makeup and beauty, sewing, painting on fabric and crafts. Transgender prisoners cannot stay in male prisons because, in these locations, they are risking their physical integrity and even their life. It is not possible to look at the health system without considering the rate of maternal mortality, obstetric violence, the sex-change surgery and the need for specialized care of women, homosexuals and transgender: all victims of violence. These few examples show us that not only have the issues of gender risen in importance on the political agenda of the Brazilian Society (even though conflictive and disputed), but also that it is not possible to consider public policies without bearing them in mind.*

"Neutral" public policies reinforce the invisibilization and marginalization of the problems that affect these specific groups and maintain them as dispossessed minorities without rights. Discussing poverty, income distribution, development, access to rights and justice (as if all men and women suffer their effects equitably, and as if the solutions could benefit all men and women equally), is a mistaken premise in the design of public policies, which results in the maintenance of the violations of these groups human rights. The false dilemma of neutral egalitarianism is harmful when considering the development of a democratic society.

It is precisely from this perspective that we decided to take a closer look on issues of gender, inequalities and rights as part of the Law and Development agenda, the focus of the master's degree of FGV Direito SP. This special dossier – Gender, Race and Poverty: the approach of multiple identities by Law - *is part of this effort.*

In 2014, in partnership with the Oxford Human Rights Hub FGV Direito SP organized the International Seminar Gender, Race and Poverty: the approach of multiple identities by Law.[2] *The objective was to gather researchers from the Southern Hemisphere to discuss common problems linked to the intersections of gender, race and poverty. In international debates, poverty is often addressed from a neutral perspective regarding gender. In the same way, racial discrimination is addressed from a neutral perspective concerning both gender and poverty. These approaches are not suitable for portraying the various and intricate violations of human rights experienced by poor women with multiple identities; thus, our objective was not only to trace the diagnoses on common problems, but also to think about the challenges of this perspective for public policy. Gathering together researchers from the Southern Hemisphere inevitably led us directly to the subject of development. To what extent are gender issues raised in the debate on development? Which asymmetries are reinforced by policies of economic development or distribution policies that do not take into account gender inequalities? How do our essentially patriarchal societies resist the discussion about gender?*

Most of the texts that make up this dossier came from discussions that began in this Seminar.

Helena Alviar Garcia discusses the Colombian policies of distribution of income in recent decades and their role in the reproduction of the patriarchal logic in that women occupy essentially the role of reproduction in the framework of the family and face difficulties obtaining access to resources.

Two articles, of Carmen Hein de Campos and of Wânia Pasinato, address the disputes and institutional challenges in the implementation of the Statute Maria da Penha (Brazil's domestic violence statute), almost ten years after its promulgation. From an empirical research perspective on the effectiveness of the law in Porto Alegre, Recife, Salvador, Rio de Janeiro and São Paulo, Wânia detects the reproduction of gender stereotyping among actors and actresses of the justice system, which has a significant impact on access to rights by women. Carmen focuses her analysis on problems of implementation of a care network for women and discoveries in the Parliamentary Investigative Commission (CPI) on violence against women.

Still on the challenges of implementing public policies, Cathi Albertyn discusses the situation which has been established in South Africa after 20 years of approval of a progressive law on abortion. In the midst of difficulties of implementation and the risks of regression, she shows that the challenges of gender policies are not exhausted in the promulgation of the law, and that the activism of civil society is crucial in ensuring effective access to safe and legal abortion for women.

These texts show how the dispute and the monitoring of the implementation of public policies – which involves not only the judiciary branch, but also the organization of institutions and the training of all public servants involved in politics – is crucial for the guarantee of rights. It also challenges formalistic views that tend to think that the promulgation of the law is the final stage of the dispute. Evaluating the importance of the operation of institutions in defending minorities, Vanessa Vieira and Clio Radomysler write about the role of the Public Defender's Office in promoting the recognition of differences; the challenges and possibilities in the adoption, by this institution, of transversal approaches dealing with the needs of stigmatized groups.

It is not possible today, to deal with the inclusion of minorities in public policies without talking about intersectional approaches, i.e. talking about the point of intersection between multiple discriminations, which causes the discrimination suffered by a particular person to have a distinct nature and not just the sum of their conditions. Black women in prison have an experience of suffering and violation of rights distinct from white women, or from black women in freedom. Incorporating the intersectional approach is a challenge today placed not only on academic debate, but also on public policies and institutions. With respect to this debate, Meghan Campbell analyzes how the CEDAW Committee discusses intersectionality in its decisions and shows, in detail, how intersectionality may or may not be present in decisions, and the difference that this makes.

The essay of Debora Diniz, the articles of Ana Gabriela Mendes Braga and co-authors Luciana Simas, Miriam Ventura, Michelly Ribeiro Baptista and Bernard Larouzé deal with gender in prison. In a provocative manner, both in form and in the issues it addresses, Debora shows that the field of research on prison is male and faces the challenge of incorporating the gender. Ana Gabriela enters the debate from micro-narratives of mothers in prison and shows what we could only see through a closer look to the experience of women in prison. The third text in this series critically analyzes judicial decisions of the Supreme

Federal Court, Supreme Judicial Court and of Courts of Justice of Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo and Mato Grosso, from 2002 to 2012, involving women in prison and their children born in prison. The results of the analysis suggest a certain invisibility of the subject of motherhood in prison and the limits imposed on the rights of children to breastfeeding, health and living with the mother in favor of a discourse of guarantee of public order and security.

Lastly, the challenge of dealing with personal experiences features once again in our set of texts in the form of the report by Maria Amélia Telles. In a register that is based on her experience as a militant against the dictatorship, Amelinha, who today is a feminist activist, deals with the institutional violence of gender during the dictatorship. The aspect of gender, often obscured in the debates on the human rights violations of that period, shows us a very particular reality of women who lived and campaigned during the "years of lead". They not only faced a type of violence compounded by their condition as women, but also faced gender discrimination between militants of the left.

Amelinha shows us, along with all the authors we have gathered in this assembly, that there is no political struggle, neither development nor democracy, if there is not the full exercise of freedom and equality between the genders. And in a Law School which cares about Justice, Equality and Development, this theme has to be treated as central.

In addition to the special dossier Gender, Race and Poverty: the approach of multiple identities by Law*, we published three other articles in this edition of the journal* ***Revista Direito GV****. The first, by Júlio Roberto de Souza Pinto, features an analysis of the behavior of members of parliament of the 53rd Legislature (2007-2011) on two topics of great repercussion during this legislature: attempts to reform the electoral and political party systems and limitation of the powers of the president's agenda. He presents an evaluation of the determinants of parliamentary behavior in the light of the structure of presidentialism of coalition and proportional representation with an open list, on one side, and the light of the combination of power of the agenda of the presidency of the Republic and centralization of the work of the Chamber of Deputies in the hands of the party leaders, on the other hand.*

The second article, by Bruno Meneses Lorenzetto and Katya Kozicki, seeks to identify the paradoxes in constituent moments and how they can help to understand the problems in constitutional jurisdiction and in the production processes of the Constitution, as well as to analyze the continuity of tension between constitutionalism and democracy.

Finally, the article by Lincoln Frias and Nairo Lopes presents a new take on the subject of the principle of human dignity, critically debating some uses of the principle already enshrined by policy. They argue that human dignity must be defined using a combination between personal autonomy and the conditions to develop and exercise this autonomy.

We wish you all an enjoyable read.

Marta Rodriguez de Assis Machado
Co-editor of the special dossier "Gender, Race and Poverty: the approach of multiple identities by Law"

Catarina Helena Cortada Barbieri
Editor-in-Chief

NOTES

1 *Source:* Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen mulheres *(2014). Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen). Retrieved from: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Nov. 24, 2015.*

2 *The seminar was organized by Marta Machado, Sandra Fredman and Cathi Albertyn. In addition to the universities directly involved, the seminar received funds from Fapesp, Capes and CNPQ.*

Gênero, raça e pobreza:
a abordagem de múltiplas identidades pelo direito

RECEIVED 30.07.2015 | APPROVED 04.11.2015

ENGULFED BY THE FAMILY: WOMEN IN THE COLOMBIAN DEVELOPMENT STATE BETWEEN 1966 AND 1990

Helena Alviar Garcia *

SUBJUGADAS PELA FAMÍLIA: MULHERES NO ESTADO DESENVOLVIMENTISTA COLOMBIANO ENTRE 1966 E 1990

ABSTRACT

This article analyzes the evolution of social policy in Colombia in relation with macroeconomic development policies and family since 1966. Understanding that many legal reforms have been unable to redistribute resources across gender lines because of their inability to foreground economic development models and its consequences in macro policy framework, the main objective of this article is to make explicit the limitations imposed to women by them. Accordingly, development plans and other policy documents are taken seriously in order to show through a close reading of them that they limit the possibilities of reforms aimed at redistributing resources towards women because of their understanding of the family as a unit that would follow the luck of its male head and as the essential site of traditional, cultural and biological reproduction. Thus, women, understood as the responsible for human reproduction, and not as workers or citizens, were subordinated to the reproduction of patriarchal families, structurally affecting women's access to resources.

KEYWORDS

Social policy; development policies; legal reform; feminism; Colombia.

RESUMO

Este artigo analisa a evolução da política social na Colômbia relacionada às políticas de desenvolvimento macroeconômicas e a família desde 1966. Partindo do pressuposto de que muitas reformas legais não têm sido capazes de redistribuir recursos entre as linhas de gênero devido à sua incapacidade de trazer para o primeiro plano modelos de desenvolvimento econômico e suas consequências em um quadro mais amplo de políticas macro, o principal objetivo deste artigo é o de tornar explícitas as limitações impostas às mulheres por tal estrutura. Por conseguinte, planos de desenvolvimento e outros documentos pertinentes referentes a políticas públicas são analisados minuciosamente com o intuito de demonstrar que os mesmos limitam as possibilidades de reformas destinadas à redistribuição de recursos para as mulheres, em função de sua compreensão da família como uma unidade que segue a sorte do homem "chefe da família" e como o local essencial da reprodução tradicional, cultural e biológica. Assim, as mulheres, entendidas como as responsáveis pela reprodução humana e não como trabalhadoras ou cidadãs, são subordinadas à reprodução de famílias patriarcais, afetando estruturalmente o acesso das mulheres aos recursos.

PALAVRAS-CHAVE

Política social; políticas de desenvolvimento; reforma legal; feminismo; Colômbia.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201516

Introduction

Social policy design in Colombia has been characterized by a faith in law that overestimates the transformative power of legal texts and underestimates the weight of the macro policy framework, embodied in economic development models, administrative regulation, adjudication, and the interaction between diverse legal regimes. As I have argued in previous work (ALVIAR, 2012) (ALVIAR, 2011a) (ALVIAR, 2008a), underestimating the effects of these interactions has structurally determined the failure of generations of legal reforms aimed at redistributing resources across gender lines.

In this article, I present a narrative about the evolution of social policy in connection with macroeconomic development policies and family. From my point of view, any description of social policy cannot be understood without considering the relation between social policy and economic development models (ALVIAR, 2013).

In other articles (ALVIAR, 2011b), I have linked the force of redistributive social policies to the objectives of broader economic development policies. I have argued that resources are effectively allocated according to identities created by development agendas. In this sense, access to social services has operated according to dichotomies such as employed-unemployed, worker-care provider.

In addition to the interaction between economic development and social policy, this article proposes unveiling how ideas about the family determine access to social provisions. In Colombia, before the late 1960s, social policy was seen as part of a broader goal, the goal of industrialization. A product of industrialization was full employment and the policy was import substitution industrialization. The family was defined as a unit that would modernize as a result of the industrialization process. The consequence of full employment would be that the family would receive social services through the employment of the male head of household. The strong link between economic and social policy started to disappear during the early 1970s. During this period, social policy and state provision of certain services played a major role in economic development programs.

During the early 1990s, the economic development model shift brought with it a transformation of the concept of social policy, as well as its relation with the family. Welfare programs stopped being seen as state macro policies and more as targeted instruments to help those who were not able to enter the market due to poverty, age, a disability, or as the result of a lack of human capital.

From a feminist perspective, the transformations that have occurred since the early 1970s have been described as a progress narrative in which, through the years, women have benefited, each time even more, from laws and regulations that help them with their care duties in order to enter the market. Many examples support this way of telling the story. During the early 1980s there were several initiatives set in place to develop forms of cooperative association such as childcare homes, communal restaurants, and public laundries in order to reduce the charge of domestic work (ICBF, 1983).

This article proposes a different way to tell this story. The aim of my article is to analyze different regulatory initiatives, their interaction with ideas about economic development and their impact upon negotiations within the family. I will do this in order to argue that this interaction limits the possibilities of reforms aimed at promoting a better distribution of resources between men and women.

As a matter of fact and according to many academic accounts, from the beginning of the 20th Century up to the late 1960s, social and economic policies were intimately linked to the general objective of achieving modernization through industrialization. Industrialization and modernization were connected to specific strategies such as migration from rural areas to cities, the mechanization of agricultural production, the elimination of feudal or semi-feudal forms of social and economic interaction, the formalization of labor relations, and land titling (ALVIAR, 2008b).

The prevalent policy was Import Substitution Industrialization (ISI) and, therefore, social policy design was linked to the development agenda. In addition, between the early 1960s and the end of the 1980s decade, industrialization was centered on policies directed to increase savings and on promoting direct foreign investment. These purposes were articulated to increase the demand for goods, increase industrial production and achieve full employment. Nonetheless, full employment required a more active, interventionist state.

The modernization process consolidated the conception of family as a natural and cultural fact prior to any legal act and independent from economic or social regulation. The family was seen as a unit that would directly benefit from social policies through the male breadwinner. Once the process of industrialization started and full employment was reached, family members would benefit. In addition and probably precisely because it was seen as an appendix of its head, the family was also responsible for "the biological reproduction of the species, the economic sustenance of its members, socialization and learning of children, and conservation of cultural patterns of society" (ICBF, 1983, p. 15).

In the following section, through a few examples of social policies, I will demonstrate that ideas about the family were structured around two concepts: the understanding of the family as a unit that would follow the luck of its male head and as the essential site of traditional, cultural and biological reproduction. This analysis of governmental policies will in turn demonstrate the extent to which women were not the recipients of the distribution of resources as workers or citizens but merely seen as responsible for human reproduction.

My main objective, in this article, is not to develop a new theoretical approach on the impact of development policies on women. Rather, I want to produce a historical account of the relationship between social policy, family and women in Colombia between 1966 and 1990. This account is based on distributional analysis, and particularly on the work of Janet Halley (2010), Duncan Kennedy (1993; 2006) and David

Kennedy (2006; 2013). Their work foregrounds the predominant legal theory at different historical moments and its relationship with economic development theories.

In the area of family law, the contribution of Janet Halley to distributional analysis must be mentioned (HALLEY; RITTICH, 2010; HALLEY, 2011a, 2011b). Her work has recently emphasized the way in which family law has a deep distributive impact, particularly taking into account its interaction with other areas of law, such as social security. In addition, my work is close to that of Kerry Rittich (2002, p. 19), because we are both concerned with the project of examining "in a more structured way the connections between dominant economic development strategies, the specific political and institutional choices to which they are connected, and distributive outcomes."

Thus conceived, my goal in this paper is to produce a historical account of gendered distributional outcomes in the Colombian development state in the 1970s and 1980s through a close reading of development plans and other policy documents. My main argument, as stated above, is that the family engulfed women. Understood as care givers, development policies subordinated their well being and full citizenship to the reproduction of patriarchal families.

1 The 1970s: preventing the risks of women entering the workforce

1.1 Carlos Lleras Restrepo (1966-1970): Industrialization Reforms

I start in the late 1960s because this was the period within which ISI policies were greatly boosted. As a matter of fact, President Carlos Lleras Restrepo, through his government "of national transformation" strengthened state, led economic intervention to promote import substitution industrialization. According to his development plan:

> Import substitution has become an economic need for the country in order to diversify production and increase exportations.
> [...]
> Import substitution appears as a choice that, at the same time, allows decreasing the need for foreign currency and helps sustain the levels of internal activity by means of the production of goods that were imported before.
> [...]
> The substitution process has given, during the last decade, important results for the economic development of the country and has been particularly intense in the industrial sector. (DNP, 1950, 13-14)

In terms of the family, this period is important because a state institution in charge of centralizing social provisions for the family was created, the Colombian Institute for Family Wellbeing (*Instituto Colombiano de Bienestar Familiar* – ICBF for its acronym in Spanish). According to the government, designing an institution dedicated only to family issues opened the possibility to solve problems faced by families in a holistic way. Nevertheless, even before it started to operate in 1969, Lleras stated:

> It seems fundamental to delimit the perspectives of action of the ICBF within the context of national development because we have the impression that some sectors of public opinion tend to have higher hopes than it is reasonable to deliver (UNICEF; MINSALUD; DNP, 1970).

1.2 Misael Pastrana Borrero (1970-1974). Demographic explosion and promotion of industries

The Development Plan entitled "The four strategies", proposed by this Conservative President, defined social policy "as every action tending to redistribute and increase capital and income, and modifying the structure of the political power by means of profound changes that ensure the access of all groups of the population to State institutions, with the purpose of satisfying the welfare aspirations" (DNP, 1970b, p. 45).

Because it was a conservative, corporatist government, social policy appears clearly linked to communities, peasant organizations and unions. The Plan intended to integrate these social movements' objectives to social policy. In general, its goals were: income redistribution, employment generation, popular groups' participation in politics, and the provision of public services to these groups (DNP, 1970b, p. 53).

The government's first strategy was the promotion of urban development through the private sector by encouraging private savings and housing credits (Decree 677/1972) (Decree 678/1972); however, these offers were directed prevalently to men. The Government's policy specifically moved away from industrialization and understood the construction sector's importance to generate employment and respond to Colombians' migration from the countryside to the cities (EL TIEMPO, 1997). According to the Development Plan:

> Our purpose is to contribute to a large and dynamic construction industry, in great measure self-financed, that produces better wages for hundreds of workers, and that adds new units of urban housing and related services. (DNP, 1970a, p. 6)

Furthermore, along with increasing housing supply, this strategy aimed for an expansion of labor demand within the construction sector and a boost in consumption.[1]

In addition, this strategy understood economic growth as intimately linked to redistribution in order to achieve greater equality and general welfare. In this sense, the plan redefines development "as the achievement of a sufficient degree of material abundance and a sufficient degree of distribution of such abundance" (DNP, 1970a, p. 22).

Within the framework of the Development Plan, it is understood that "The family should be the basic unit and specific object of economic and social development, and should aspire to fulfill itself in the best conditions of material and spiritual well-being" (DNP, 1970b, p. 41). This scheme led the government to set as criteria in order to evaluate the success the improvement of low-income families' quality of life.

Additionally, the Pastrana government emphasized a full employment policy. In 1970, the ILO prepared the report "*Towards full employment: A programme for Colombia*" that would impact the design of social policy. As a consequence, in 1970 a National Committee was established in order to assess the ILO report. For this Committee:

> Only by means of the redistribution of income, in the country, it will be possible to simultaneously achieve a rapid rate of growth in employment and production because social change is a prerequisite for economic development. A statement that overcomes, fortunately and without ambiguousness, the Byzantine controversy over which the economic or social development should be a priority [...] From this perspective, economic development cannot be divorced from social development. (MINTRABAJO, 1971, p. 6)

As it was typical during this period in economic development theories (ALVIAR, 2008a), the Pastrana government had a special concern for population growth. According to the sectorial program on population included in The Development Plan, the Colombian family was expanding: "the demographic reality in Colombia is very similar to that presented in many developing countries: rapid population growth, high fertility rates, rapid decline in mortality [...]" (DNP, 1970b, p. 34). The strategy proposed increasing education standards to impact the fertility rates both at a society and family levels and achieve smaller families.

Consequently, the government strongly promoted family planning programs. In his speech to Congress in 1973, Pastrana insisted that the government's efforts to meet the needs of Colombians would be diluted if there was an uncontrolled population growth. Due to this condition, the government proposed a policy which had the following goals: 1) redistributing the population in order to have a better distribution, 2) reducing the mortality rates, and 3) altering the trend of population growth (PASTRANA, 1973).

In a similar sense, the Committee's document that evaluated the ILO report indicates:

> Full employment, and overall development that comprises the progressive rising of the living standards of all people, it is not possible without a population policy that encourages responsibility of parents facing the future of their children and society and it begins with proper sexual education and family planning. (MINTRABAJO, 1971, p. 33)

Additionally, during this period, pensions for widows and orphans were extended, family subsidies were provided, community centers for children and the national nutrition plan began, and the family doctor system started.

In 1972, the Community Centers for Children (CCI in Spanish) were created to provide children's early education. Two years later, Preschool Care Centers (CAIP in Spanish) were created to promote the development of children under five years who lived in vulnerable families (ICBF, n.d.). The President justified the Community Centers for children as a way to protect them from the fact that women were being forced to work outside of their house:

> [A]bout 60% of the Colombian population has low income, unemployment, lack of adequate housing, these factors greatly affect children, who are so subject to conditions of social and economic deprivation.
> [...]
> The slum, forces the mother to leave her children in an inhuman solitude, without a minimum physical, mental or social protection while she seeks a livelihood through work.
> [...]
> This program is therefore a new concept of integrated prevention and promotion of family, which touches roots of the family: mother and younger children. (PASTRANA, 1973)

Community Centers for children were put into operation providing support for communities in cash and in kind. The Centers were intended to protect minors but also to reduce problems such as malnutrition, the dissolution of the family unit and certain community conflicts.

> The presence of the ICBF translates into a series of protective actions with a healing concept, and resorts to the fields of rehabilitation, psychosocial adaptation, recreation and training. But first the Institute compromises its scientific capacity to prevent family dissolution (PASTRANA, 1973, p. 170).

1.3 Alfonso Lopez Michelsen (1974-1978). The crisis of the modernization model
Alfonso Lopez Michelsen's period of government signals the initial stages of the critique of certain ISI policies. Specifically, the government was very critical of the set of policies that were aimed at promoting migration from rural areas to cities.

> Socially the effects are still felt. The breakdown of social expectations generated by the modernization process, to which we have referred, are expressed in a growing process of rural and urban marginality, excessive growth of the informal sector and worsening of the social phenomena of crime and corruption.
> It is no longer about trying to sort out the modernization drive in an essentially rural economy: the complexity acquired by the Colombian economy and society demanded intervention mechanisms from the State to deal with this complexity. (DNP, 1974a, p. 2)

The critique was intimately related to the fact that the promise of modernization had not reached most of the Colombian population. The President explained his frustration:

> Since the 1930s, when our country has had the same development plan that consisted in a strong support and the protection to the modern sector of the economy [...] In the past, this development goal was probably needed. The industrialization and modernization of our economy had to begin, nevertheless little did this kind of development benefit the mass of landless laborers and smallholders [...] The development plan now presented to Congress seeks to close the gaps that the traditional development model has created [...] The program we offer the country is to change policy goals, and try to protect traditional sectors in rural and urban areas and target public investment primarily in public works in intermediate and small cities, and also in rural areas where the poor are concentrated. (DNP, 1974a, p. 2)

The Development Plan changes the economic model from one that emphasized modernization and industrial protection to a model geared toward generating greater equality and social investment.
In words of Lopez:

> I think the great task of this government, from an intellectual and political perspective, is to have questioned the dogma that a country is great insofar as it is industrialized. No, it is great only to the extent that all sectors grow

> together and a country cannot be industrialized if it does not have the capacity to produce raw material and the ability to produce food in the same measure that raises the living standard of workers linked to the industry. This government has spoken of a development model different from the one that had been imposed on the country over the past 40 years, overprotecting industry. The fundamental differences between the two models are:
>
> a) Greater emphasis in the current model to promote a balanced or parallel growth... as opposed to the strategy of growth based in the concentration of stimuli in a leading sector (e.g. industry or construction) which should theoretically create a spillover effect on the entire economy.
>
> b) Greater emphasis on export promotion, which means an increase in the efficiency of domestic production as a condition sine qua non, in contrast to the policy of promoting import substitution behind a Chinese wall of tariffs.
>
> Historically the Colombian growth strategy, supported by import substitution, came forward with preferential support from the manufacturing industry, generating unbalanced growth, relative to other sectors, but especially to agriculture. (LOPEZ, 1978)

One of the worst effects that the traditional model of import substitution generated was an unequal distribution of resources for families of different social classes.[2] For the families of those who had formal jobs, there were many benefits that came with this fact.

In addition, families were changing. A document prepared by ECLAC for Colombia describes this trend in the following way:

> Two events had enormous impact on the Colombian family between 1950 and 1970: the expansion of the school system and the entry of women to education and labor force, changed social expectations in all groups and heavily modified the behaviors in fertility, which resulted in a decrease in the birth rate and a profound change in marriage patterns. (PARRA, 1987, p. 22)

Indeed, in 1968 and 1969, the total marital fertility rate was 9 children and it dropped to 6.5 children by 1980 (ICBF, 1983, p. 35).

Despite the change in the industrialization model, the Lopez government kept the full employment policy. In this sense, the macroeconomic policies regarding agricultural, industrial, exportation, regional and urban development programs were designed to achieve the same goals of full employment and equality. The difference

was that the government promoted the provision of social services and emphasized rural development, as it understood that investing in the agricultural sector rather than in the manufacturing or construction would generate more employment. Therefore, government spending was geared toward an increase in rural quality of life.[3]

In social terms, this government proposed The National Food and Nutrition Plan (Plan Nacional de Alimentación y Nutrición —PAN— in Spanish) that sought to generate an adequate diet for children, mothers and educate families on distribution and food preparation. In addition, attacking malnutrition was seen as a way to improve physical and mental conditions of the workforce in order to improve productivity.

Along with PAN, this government created the Integration Services Program in Marginal Areas (Programa de Integración de Servicios en Zonas Marginadas) was promoted. It had among its objectives:

> – Protect families 'through preferential attention to children and youth through preschool services for children 0-7 years old, school services for the population of ages 7-14 and a state action in the fields of culture, health, nutrition, recreation and sport.
> – Increase family income through job creation, training and the promotion of individual or communal companies.
> – Facilitating housing credit for slum dwellers.
> – Create local development centers to provide services for families and work banks. (DNP, 1974c, p. 33)

Finally, Law 27 of 1974 created the Centers of Preschool Care (Centros de Atención Integral al Preescolar-CAIP). The main task of these centers was to educate families on issues related to nutrition, childcare, health care and developmental psychology.

Interestingly, the Lopez Michelsen's development plan established a trend that can be linked to conditional cash transfers of the 1990s as it states that women could work part time in this centers: "it is desirable to further establish the possibility of part-time jobs in these centers to facilitate housewives and students of both sexes who have adequate preparation, and who can engage in this kind of work." (SIP, 1975, p. 33).

Family changes, and even some of the most serious social problems are attributed largely to the reduced presence of women at home:

> The biggest changes within the urban family have been produced by the massive access of women to education and work, which has also pushed changes in socialization and has generated at the same time new needs (daycare, preschool care), and new pressures on the family structure (drug addiction, crime, unemployment). (DNP, 1974c, p. 23)

Even though Lopez and his government members were considered progressive liberals, public documents seem to move between a very traditional understanding of the role of the family along with greater equality for women. As a matter of fact, he passed Decree 2820 of 1974, which modified a few Civil Code articles and was aimed at granting equal rights and obligations for women and men. The reform was summarized by the government in the following terms:

> Children are to obey the mother as the father [...], the mother may also correct and punish children. The new legislation takes into account that the mother is the one who is closer to his children. It extends to the mother the power to monitor their behavior, correct and punish them moderately.
> [...]
> The mother also legally represents her children [...] the husband is not the only one that manages home. The wife must share the leadership of the family. The wife and husband have the same rights and the same duties directing the household. Gone is the "marital power" that required a wife to blindly obey the husband. Consequently, they both have the same authority and should direct the family together.
> [...]
> Neither the husband nor the wife gives more orders than the other. The two have to help each other. The former "*macho*" Civil Code forced woman to keep obedience to the man in exchange for protection that she would supposedly receive from him.
> [...]
> Also women should contribute to the household if she finds the way to do it. Previously, the law stated that the husband was the main provider and only in the event that he had nothing to contribute, the woman would do it. Now, women enjoy equality in relation to man and should to contribute in the event of having property or income.
> [...]
> The existing discrimination against married women is eliminated: the law considered her "incompetent" [...] this is explained on the grounds that a married woman was under the authority of her husband.
> [...]
> The husband no longer manages his wife's assets, they create a society together. (PRESIDENCIA, 1975, p. 57)

In addition, the Lopez government launched the creation of courts specialized in family matters.

1.4 Julio Cesar Turbay (1978-1982). Changes in the family and strengthens incentives for domestic industry once again

The Turbay government went back to Import Substitution Industrialization full force. The labor results of this policy, according to government reports, include an increase in the economically active population (EAP) from 49.9% in 1978 to 51.8% in 1981. The report also presents the following facts and figures:

> This growth in labor supply notoriously pushed for the creation of new jobs, such a way that only between 1979 and 1980, a number of 451 thousand jobs were created.
> The most dynamic economic sectors and those with greater employment percent growth have been mining, electricity, gas and water, construction, trade and finance. Nonetheless, trade, manufacture industry, services, and construction are the ones with the greatest volume of job creation.
> Nearly 55% if those new jobs corresponded to employees and workers, 43% to self employed, 1.5% to family employees and 0.9 to employers. (TURBAY, 1982, p. 18)

This government's Development Plan highlights the growth of public social spending in the 1970s and emphasizes that the national budget increased from 31.3% in 1970, to 40.9% in 1978 (DNP, 1978a, p. 10). Nevertheless, according to the Plan, even though Colombians had higher incomes and better jobs social problems persisted. Within the problems in Turbay's Development plan family related problems, such as high infant mortality, school dropouts, and lack of protection for early childhood, standout (DNP, 1978b, p. 85).[4]

As in the previous government, family changes that took place during the Turbay government, particularly the fact that women worked and spent less time at home, produced social problems that required new policies. According to Turbay's National Integration Plan:

> [T]he increase in the participation of women in the labor force, shifts from the extended family to the nuclear family and the slow growth of infrastructure to serve the preschooler have led to an increase in the vulnerability of children during their first years. (DNP, 1978b, p. 85)
> [...]
> The process of socialization and children care, traditionally performed by women within the family, has been affected by the growing female participation in the labor force and the shift from patterns of extended to nuclear family as well as the effects of urban settings upon family life. The space left by these transformations requires that society and the State

> design new and appropriate instruments for the attention to this age group. (DNP, 1978b, p. 95)

This interpretation is reiterated in the following quotes from the document evaluating the end of his term:

> The rapid urbanization of the country and the demographic transition experienced in the last decade have created new problems that are affecting the stability of social structure and family organization, such as the irresponsibility of the procreation of children, the abandonment of the child and malnutrition, among others.
> [...]
> Considering these problems led the national government to design the new social policy-in, which children attention was highlighted as a priority – that would address comprehensively the situation. (TURBAY, 1982, p. 201).

One of the most striking characteristics of these quotes is the complete disengagement from women's issues or problems as individuals. Their main role is as mothers and children are at the center of the public policies concerns.

The solution, obviously, was the creation of a system that would improve the lives of children within the family; as a consequence, Law 7 of 1979 was passed. This law reorganizes the ICBF and creates the National Family Welfare System (Sistema Nacional de Bienestar Familiar) whose purpose is to "promote harmonious integration and realization of the family, to protect children and guarantee their rights, and coordinate relevant government entities to handle the problems of the family and the child, with the purpose of raising the standard of living of society." (TURBAY, 1982, p. 201).

For this government, the Centers for Preschool Care (Centros de Atención Integral al Preescolar-CAIPS) created in the Lopez Michelsen government, supplied somehow, maternal care and they have a real family function instruction:

> Through its eight years of operation, the children's homes or preschool care center have adopted the needs of the Colombian people, to become the center from which education and orientation are given to parents in the process of socialization and integrated development of their children and instruction on family life is given.
> Children's homes replace in varying degrees maternal care through activities aimed at creating the necessary conditions for the successful development and growth of preschool children, children of working

> mothers, unemployed parents, or orphan children. (TURBAY, 1982, p. 202)

In 1978, there were 760 children's homes and they increased to 1,434 in 1982 reaching 150,000 slots to meet the needs of children under 7. In 1981, men headed 79% of households and the average number of children of the Colombian family (urban and rural) was 5.4 (DANE; DNP, 1981). Furthermore, couples formed 67.5% of the families that benefited from the CAIP program in 1977. Additionally, beneficiary families of this program at the time were mainly low and mid-low socioeconomic classes and women who faced poor labor conditions (BONILLA, 1982, p. 69-84).[5]

2 1980s: The initial stages of the shift in the design of family oriented policies

2.1 Belisario Betancur (1982-1986). The year of the family under a conservative government: opening the black box?

Through Resolution 553/1981 the General Assembly of the Organization of American States declared 1983 as the Inter-American Family Year. Accordingly, the government supported this celebration and declared the Year of the Colombian Family. As a consequence, a steering committee and regional councils were established in order to promote the modernization of family law, encourage research on its characterization, education and specific policy design (DNP, 1982a).

One of the main objectives of declaring a Family Year was to emphasize the positive aspects of family to reinforce its meaning as the "essence of life":

> A process of awareness and reflection on the importance of the family as the basic unit of production and social reproduction was encouraged and strengthened in various sectors of the country. (ICBF, 1983, p. 9)

In the opening speech of the Family Year, President Betancur held that despite social transformations, young people should continue understanding the importance of family life:

> Yesterday, when I meditated on the situation of family in Colombia, I learned a really exciting fact: in the city area of Bogota there are more than 3,500 applications of couples who want to participate in marriage encounters and patiently await their turn. I was informed that the same happens in various cities; and the number of marriages that seek guidance in order to restore marriage, grow every day.

> I clearly understand that we suffer the impact of negative news every day [...] the same happens within a household. One sometimes has the impression that the Colombian family is falling apart; that it has ceased to be the center of affection, of selflessness, of hope. But we ought to know that against the attacks of a growing social dissipation, thousands of young couples want to strengthen their union and the future spouses want to have a clear awareness of what it means for them and for society their commitment and mutual surrender. (BETANCUR, 1983)

This government not only takes the family as the moral unit of society but also as the one that provides the workforce and drives economic development:

> The family complies with responsibilities that are essential to economic and social development, including: the renewal and growth of the population, satisfying the basic needs of workers, the socialization of children. (ICBF, 1983, p. 28)

The Family Year encouraged extensive discussions that, somehow, opened the black box of the family to explore its internal structure. Government studies of the time draw attention to the roles of men and women at home:

> The "macho" cultural value still prevails within the Colombian family as it has permeated the family organization. There is a sexual division of labor by which men are the supreme authority and play a fundamental economic role, while women perform household chores and the socialization of children, being the female figure closest to the children while the father is an absent, aggressive and authoritarian image. (ICBF, 1983, p. 32)

The reason why the family should be the goal of social policy design is because it plays a fundamental role in society: the growth and renewal of population:

> Family units are crucial for the development of society due to the fact that it is inside family where renewal and population growth is ensured. Within family the biological and psychosocial ability of individuals develop, values, norms and patterns of social behavior are transmitted and productive functions of our society take place. It has been considered appropriate that the State and society define the family as the fundamental objective of social policy, from the formulation of activities to assist the family unit holistically and within a framework of inter-institutional coordination. (ICBF, 1983, p. 58)

In an interesting turn, the document includes the burden of domestic work upon women:

> Domestic work is the set of activities that take place within family in order to replenish the labor capacity of individuals and socialization of new generations, and despite being indispensable to economic and social development, it is not recognized as such.
> In Colombia this work has been traditionally assigned to women who have accepted it as a "natural" condition of their sex, while the main task of men is linked to productive activities and earning the income required for family subsistence. This sexual division of labor is common among Colombian households because most married women report being housewives and do not participate in labor force.
> Although this cultural practice is prevalent in all social classes, domestic work is particularly arduous and difficult in the lower stratum due to lack of sufficient income to acquire the tools necessary to perform their jobs, lack of adequate housing, water, energy and overall utilities.
> Women in this stratum are the most inhibited to participate in occupationally modern-type activities, political, cultural and social life of the country.
> Because of the lack recognition of domestic work, the State has not thought of a policy to facilitate the fulfillment of these tasks, both for women and families. (ICBF, 1983, p. 36)

In a similar way, the Development Plan states that "[s]pecial attention will be paid to the social advancement of women, moving along in the processes of integration into productive life, improving conditions of domestic work and promoting the participation of women in the productive, cultural and political life of the country on a basis of equal rights" (DNP, 1982a, p. 37). However, it must be remembered that Betancur's government was a conservative one, and even though his Development Plan stated that objective, it was a rather marginal goal. This can even be seen within the structure of the Plan, taking into account that the above quoted sentence is the last one in a heading dedicated to the family. In this sense, even though it seems to be progressive for women's situation, it is a marginal annotation within the Development Plan, and the fact that women are included within a heading considering family indicates that a traditional image of women is maintained.

During Family Year, several objectives and strategies are aimed at women:

> Encourage the participation of women in productive life in the same conditions as those of men, as well as in political and cultural activities.

> Enable the development of tasks related to domestic work and socialization of children. (ICBF, 1983, p. 61)

To meet these objectives, some strategies are presented:

> – Promoting cooperative forms to make the realization of domestic work easier, as laundries, community kitchens and tenements.
> – Educating the family about the need to perform collectively the domestic work.
> – Including within life education programs contents addressed to show the equality in relations between the sexes, responsible paternity and some other appraising aspects. (ICBF, 1983, p. 61)

Betancur refers to the transformations within the family in the following terms:

> These last decades the social life conditions have varied greatly. It is impossible today to think exclusively about those patriarchal families who met every day around a prodigal table to talk, under the authority of the male, about the multiple aspects of his everyday worries. Today, the authority is shared; the woman is neither relegated to a secondary role nor dependent; and the children are not as quiet and obedient as before.
> […]
> I can tell that about this matter, I am also optimist, and I want to transmit this optimism to my fellow countrymen. I can see a clear revival of love as a fruitful base of unity and familiar stability. It is not anymore the force of law in the social criticism what keeps a family united and strong in its vocation, but that warm and profound love that supposes the understanding, delicacy and capacity to confront jointly the thousand faces of existence. (BETANCUR, 1983)

As the former governments, the Betancur government shows that greater women's labor participation is one of the causes of serious social problems:

> The greater participation of women in the workforce has had enormous repercussions in familiar organization and in women's life. In ten years (1970 – 1980), the economically active female population increased from 31% to 39%. Working does not exonerate women from domestic work, so we calculate that women fulfill workdays of 16 hours if we consider both tasks. (ICBF, 1983, p. 56)

Regarding the situation of rural family, Betancur considers that:

> In 1978, it is possible to observe a tendency toward female participation in modern categories, specially a considerable portion of women in the agribusiness sector, possibly in transformation and conservation of food. Specific regional studies have allowed us to observe that this female activity influences the semi abandonment of children in a similar way that in urban sectors. There are not any preschool protection programs since the attention covering is even lower than that of the city. (ICBF, 1983, p. 41)

In that respect, it has to be noted how this government considers that "incomplete" homes are more inclined to produce social problems.

> The transformations of the Colombian society such as the intense urbanization process, greater participation of women in the labor market and peasant migration have modified the ancient forms of family organization. In the marginal classes of cities, delinquency, abandonment of minors, and families conformed only by mother and children join unemployment and poorness. (DNP, 1982b, p. 36)

The government shows that among poor families incomplete homes are more common: 20.8% have women as heads of households. Incomplete homes, generally without a paternal figure, "are linked to several problems for minors, such as abandonment and other social pathologies" (ICBF, 1983, p. 33).

As the following paragraphs will show and notwithstanding the insight about the difficulties women face because of the so called double shift, the government continues to center its policy design around children and women as mothers.

In the inaugural speech of the family year, Betancur says that the family attention programs have forgotten about the transformations carried out over this institution, a situation that has damaged the efficacy of those programs.

> I wish to emphasize another aspect that shows that singularly positive tendency of strengthening the family in Colombia: family community work is being tried, together with the individual work that isolated the familiar core and even came to be opposed to it.
> [...]
> These programs of integral attention to households are the ones we want to stimulate and promote in this Inter-American family year, a good choice by the OAS and by the Inter-American Women Commission to magnify

> the familiar unity as a decisive factor in the march of our communities toward progress.
> But beside this consoling reality, there is another less joyful reality: the absence of an integral organization between the processes of development and the transformations of the family and the real incoordination between public and private organizations diminish the efficacy of the programs oriented toward family welfare. (BETANCUR, 1983)

The National Development Plan establishes as a priority the integral attention of the family. In general terms, the Plan is based on the principles of stability, growing and equity. This document recognizes the effects of the world crisis over national economy and proposes shock measures and measures of longer range: "The state task expressed in Government policies prompts the production and promotes the leveling of opportunities of progress for individuals and families within a framework of liberty and social justice" (DNP, 1982b, p. 58).

The policy of integral attention to the family "constitutes a set of actions integrated and coordinated in the fields of employment, healthcare, nutrition, education, recreation, and community participation, in order to join the national development with the increase of the family wellbeing" (DNP, 1982b, p. 58). This policy shows the importance of employment, income and social security. Two concerns are frequent in the Plan: labor informality and the increment of infant work: "Families hardly compensate the individual low incomes with the work of children, women and old people, to obtain incomes that amount to the value of the family expenses. It is also typical in families the combination of members working in both sectors of the economy, the modern and the informal ones" (DNP, 1982b, p. 58).

The Development Plan assumes that formalization of employment is fundamental for family comfort: "The general objective of the social security policy will be to offer integral attention *to the worker and his family*, increasing the coverage and improving the quality of the medical and recreation services" (DNP, 1982a, p. 9, emphasis added).

This intention supposes that when social security for the home provider is guaranteed, the other members of the household, including the wife, will benefit. The government policy included massive housing construction, employment generation, and the reorientation of family expenses toward a better diet to constitute the "solid base" for families and communities (DNP, 1982b, p. 42). At the end of his government, 400 thousand houses had been built (REVISTA SEMANA, 1983, 1986).

Betancur's government received recommendations from the IMF, which included:

> Public spending cuts, salary raises below inflation, monetary devaluation, subsidy elimination and increases in public utility services fees. One of

> the consequences of adjustment policies was the reduction of public social spending. Between 1983 and 1985 health investment budget was reduced significantly, limiting the expansion of the sector and even hindering the maintenance of certain public services in their previous level.
> (FRESNEDA et al., 2009, p. 19)

This policies promoted by Betancur's government following the IMF recommendations of 1984 were implemented in the context of a series of efforts in which Betancur was engaged in order to reach a Latin-American response to the debt crisis, which he promoted in the UN Conference for Commerce and Development (Unctad), in the Economic Commission for Latin American and the Caribbean (ECLAC), and in the Organization of American States. However, after the failure to reach a joint response on behalf of debtor countries, Betancur decided to follow the IMF recommendations (GONCALVES; SOTO, 1992, p. 11-22). This actually led to an accelerated decrease of the fiscal deficit, accompanied with the reduction of the social spending. Also, the minimum wage increased its spending ability until 1986, but this ability diminished from 1986 to 1989 (FRESNEDA et al., 2009, p. 19).

2.2 Virgilio Barco (1986-1990): Competing views of gender

By the end of the 1980s, Colombia was still struggling between growing poverty and inequality, and the exacerbation of the war with drug cartels. In this context, Barco proposed to change the development model. The government pointed out:

> With import substitution, Colombia definitely enters a process of diversification of its production structure. Until the second postwar period, this structure was characterized by a marked tendency toward specialization in the production of primary exporting goods, mainly coffee. In the late 50s, an important industrial sector began to consolidate and agricultural production grew rapidly, particularly the commercial crops. In the following years a gradual opening of the economy to the world market occurs, which aided the transition from being a single exporter to searching for a greater diversification of its exports.
> In particular, the industrialization process allowed the consolidation of the major urban centers of the country (Bogota, Medellin, Cali and Barranquilla), making them and their areas of influence important population receptors.
> (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; CRNR; SIN, 1986, p. 48)

The model that Barco called "Social Economy" focused on regional imbalances as a consequence of the development model traditionally set forth in Colombia, which had excluded certain regions:

> In fact, the persistence of inequalities in the development of regions somehow explains the disparities in personal and family income distribution. [...] This territorial dimension of social inequalities whereby purely geographical factors affect inequality in income distribution has not been properly assessed either in analysis or policy design. (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; CRNR; SIN, 1986, p. 9)

During this period, 45% of the population lived in poverty, and in rural areas this percentage reached 60%. In addition, 76% of Colombians living in municipalities with less than one hundred thousand people did not have their basic needs satisfied (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; CRNR; SIN, 1986, p. 6).

Barco's model of Social Economy aimed at achieving a balance between production growth and equitable distribution of income. According to his proposal to achieve this balance, "it is necessary to modify both the economic growth composition and the content of distributive policies, in such a way that these become more than compensation formulas and transform into effective instruments to support growth" (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; CRNR; SIN, 1986, p. 1). This development policy shifts from direct redistribution through taxes and public spending to the idea of making the pie bigger for the poor (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; CRNR; SIN, p. 4).

This liberal government retakes the discourse of modernization and emphasizes the integration of more citizens into the market.

> The Social development strategy aims to ensure the access of everybody to the physical, social and productive assets necessary for their social security, their active involvement in the production and consumption, and their participation in the democratic government of the nation. The sectorial guidelines of this strategy are [...] to modernize the management of the entities responsible for the provision of social services. (DNP, 1986a, p. 20)

It is interesting to note that with this shift, this government opens the door to structural economic reforms to be implemented in the years to come.

> State action focuses on the process of income generation, seeking to create opportunities for linking the poor to the activities of production and consumption. This will allow in the medium term to increase the capacity of saving and capital accumulation in these strata of population so that they can contribute to overall economic growth. (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; CRNR; SIN, 1986, p. 28)

As in previous cases, the Development Plan established as a social objective the improvement of household welfare and women play a part mostly as child bearers. Tellingly enough, women appear in the heading devoted to the social policies regarding households. In this regard, Barco's Development Plan establishes that "[t]he households need that the State must directly address are related with the protection of maternity" (DNP, 1986b, p. 50). Accordingly, "[t]he National Government started a program for the improvement of the nutritional state of pregnant women and new born child" (DNP, 1986b, p. 56).

Notwithstanding, this univocal and unchanging understanding of women's role in society, there is a glimpse of the initial stages of an equality discussion. In several documents produced by Barco's government, there are allusions to gender inequality, and the importance of overcoming it. For example, in the context of human rights, Barco's Counselor for the Defense, Protection, and Promotion of Human Rights recognized the persistence of racial and sexual inequality "in labor and family life" (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; CRNR; SIN, 1986, p. 6), and thus he promised that the government would engage in studies about women's rights, among others (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA; CRNR; SIN, 1986, p. 20). Also, after promoting a constitutional reform, Barco stated that "[m]any of the Articles of the reform that I have presented deal with matters oriented toward the promotion and guarantee of social rights, among which are those related to the insurance of equitable and satisfactory conditions of work for both men and women, including equal pay" (BARCO, 1988, p. 42). Following this vision, Barco's Government issued Decree 1398 of 1990, "that eliminates all forms of discrimination against women", and has a particular emphasis on the situation of women in labor and family life (BARCO, 1990, p. 72).

Conclusions

As I stated in the introduction, the goal of this paper was to produce a historical account of the gendered distributional outcomes in the Colombian development state in the 1970s and 1980s. After this chronological tour of the different economic development shifts and their corresponding understanding of the family unit as a privileged site for social transformation and the essential unit to preserve traditional values, it is very evident that this interaction structurally affected women's access to both public and private resources.

Because social policies aimed at women only identified them as responsible for child reproduction, they were not seen as recipients-in their own right-of public spending geared towards greater access to jobs, social security or the development of human capabilities. In addition, economic development plans designed job creation policies designed for men: steel and automobile industry and the construction sector.

In the 1980s and early 1990s, slight glimmers of the discourse of gender equality begin to appear. Nevertheless, a traditional understanding of the family and the adequate role of women within it creates a strong limit upon the goals of equality.

Although the objective of this paper is merely historical, some insights can be extracted from my previous account. As I mentioned in the introduction, following economic development ideas, and resources are allocated according to identities underlying particular development agendas. In the above account, the identity of women as caregivers was particularly important and operated to allocate resources to men and to create incentives for a particular kind of household that benefits men. This fact tends to be marginalized by accounts that understand the family as a natural and cultural fact prior to any legal act and independent from economic regulation.

This paper's objective is to show that the particular distributional outcomes produced by the economic development policies adopted in Colombia in the 1970s and 1980s were not natural, nor neutral. Rather, it emphasizes the fact that they are produced by particular choices in development agendas, and that there are alternative choices that can be made. In this sense, by foregrounding the choices made by economic development documents, which are then "translated" into legal rules, my argument opens up the possibility of starting a dialogue around the ways in which resources can be reallocated in different ways through more conscious and egalitarian choices.

NOTES

***** Full Professor and Dean of Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia. The author wishes to thank Luisa Cano and Emilio Lehoucq for their invaluable research assistance in the production of this article.

1 "It has the advantage of creating new and better jobs in construction, as well as additional jobs in transportation, in the construction materials industry and in general in the rest of the economy through increases in the demand for massive consumption goods." (DNP, 1970a, p. 48)

2 "The existing data allows having a relatively precise vision of the evolution of urban income distribution since mid-1960s. […] Between that period and 1976, urban income distribution deteriorated. […] The deterioration tendency of urban income during this period is also consistent with the poverty studies, which indicate that the most critical levels were reached precisely during the mid-1970s." (OCAMPO, BERNAL, AVELLA & ERRÁZURIZ, 1994, p. 330)

3 "The main public spending government programs] are aimed at giving the poorest population access to basic social services. Therefore, it arises a great effort to improve education, health and safe drinking water services

in rural areas. These actions, beyond benefiting the poorest families, contribute to a more equilibrated regional development and to an employment policy. It has been considered that, in the long run, the most effective employment policy is providing to provide the workforce good education and health in order to make it employable." (DNP, 1974a, p. 4)

4 But no everything is positive. At least three areas of concern subsist. First, despite all the state and the community's effort severe problems prevail such as the high infant mortality rate, school desertion, low quality education and underemployment. Second, and in good measure as a result of the same growing process, new social problems emerged, as the lack of protection for the early child due to the increasing participation of women in the labor market, the higher incidence rate of accidents in the big cities and the senior attention problems. But probably the most alarming is the fact that the growth dynamics of the country, by not evenly distributing its benefits, hasn't not only failed to fully incorporate in the development process some traditionally margined groups but, additionally, it has leaved behind other sectors of the population.

5 "None of the women users of the CAIP have management positions. Likewise, it is observed that within the dominant group of professionals and technicians, primary teachers and nurses are predominant, and among service workers almost half of them are housemaids by days. About 60% of the merchants and vendors have 'marginal' labors such as street food sales and even in this group scrap metal from recyclable material they themselves picked from the trash was traded. [...] As a whole the perceived family incomes were really low. The hardest economical conditions are without a doubt those of families in which women are heads of household."

REFERENCES

ALVIAR GARCÍA, H. (2008a). *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina*. Bogotá: Editorial Temis y Ediciones Uniandes.

_____. (2008b). The Classroom and the Clinic: The Relationship between Clinical Legal Education, Economic Development and Social Transformation. *Journal of International Law and Foreign Affairs*. 2008. Num. 13.

_____. (2011a). "Legal reform, social policy, and gendered redistribution in Colombia: The role of the family". *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19, p. 577-599.

_____. (2011b). "The Unending Quest for Land: The Tale of Broken Constitutional Promises". *Texas Law Review*. Vol. 89 p. 1895.

_____. (2012). "Searching for Women and Sustainable Development in Colombia: Restructuring the Limits". *Fordham Environmental Law Review*, XXIII (2), p. 22-43.

_____. (2013). "Social Policy and the New Development State: The Case of Colombia." In: ALVIAR GARCÍA, H.; TRUBEK, D.; COUTINHO, D.; SANTOS, A. *Law and the new developmental State, The Brazilian experience in the Latin American context*. Ireland: Cambridge University Press.

BARCO, V. (1988). *Proyecto de Reforma Constitucional. Democracia participativa y Justicia Social*. Bogotá: Presidencia de la República.

_____. (1990). *La Economía Social: Estabilidad, progreso y modernización. Informe del Presidente de la República al Congreso Nacional. Tomo X*. Bogotá: Presidencia de la República.

BETANCUR, B. (1983, marzo 4). *Plenitud de la Familia. Palabras del Presidente Betancur en el acto celebrado con ocasión de la iniciación del año interamericano de la familia*. Bogotá: Presidencia de la República.

BONILLA, E. (1982). La madre trabajadora: una contradicción. *Desarrollo y Sociedad*, 9, p. 69-84.

Decree 677 of 1972.

Decree 678 de 1972.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA & DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANEACIÓN. (1981). *Encuesta Nacional de Alimentación, Nutrición y Vivienda*. Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística & Dirección Nacional de Planeación.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN [DNP]. (1950). *Economía colombiana último decenio*. Recovered from: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/Lleras3_Econo_Colombiana_Ultimo_Decenio.pdf>.

_____. (1970a). *Plan Nacional de Desarrollo Las cuatro estrategias (1970-1974),* Presentación.

_____. (1970b). *Plan Nacional de Desarrollo Las cuatro estrategias (1970-1974),* Componente Desarrollo Social.
_____. (1974a). *Plan Nacional de Desarrollo Para cerrar la brecha (1974-1978)*, Presentación.
_____. (1974c). *Plan Nacional de Desarrollo "Para cerrar la brecha" (1974-1978)*, Programas Sociales.
_____. (1978a). *Plan Nacional de Desarrollo Plan de Integración (1978-1982).* Aspectos generales.
_____. (1978b). *Plan Nacional de Desarrollo Plan de Integración (1978-1982*). La nueva política social.
_____. (1982a). *Plan Nacional de Desarrollo Cambio con Equidad (1982-1986).* Componente política social.
_____. (1982b). *Plan Nacional de Desarrollo Cambio con Equidad (1982-1986*). Bases del Plan.
_____. (1986a). *Plan Nacional de Desarrollo Plan de Economía Social (1986-1990).* Prólogo.
_____. (1986b). *Plan Nacional de Desarrollo Plan de Economía Social (1986-1990).* Plan de economía social. Programas sectoriales para el desarrollo social.
EL TIEMPO, Archivo. Sección Política, (22 de agosto de 1997). "Gobierno de Misael Pastrana Borrero".
FRESNEDA et al. (2009). *Reducción de la pobreza en Colombia: el impacto de las políticas públicas.* PNUD. Available at <http://www.fuac.edu.co/download/AREAS/10ipp.pdf>.
HALLEY, J. (2011a). "What is Family Law?: A Genealogy Part I". *Yale Law Journal*, 23(1), p. 1-109.
_____. (2011b). "What is Family Law?: A Genealogy Part I". *Yale Law Journal*, 23(2), p. 189-294.
_____; RITTICH, K. (2010). "Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism". *The American Journal of Comparative*, 58, p. 753-775.
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR [ICBF]. (1983). Memorias Año Interamericano de la Familia, Discurso Directora ICBF.
_____. (nd.). ICBF History. Recovered from: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/IntranetICBF/Sobre_intranet/acercade_ICBF>.
GONCALVES, C.J.; SOTO, A. (1992). Relaciones económicas entre Colombia y Estados Unidos: la búsqueda de mayor autonomía (1982-1992). *Colombia Internacional*, jul.-sept. 1992, p. 11-22.
KENNEDY, D. (2006). The "Rule of Law", Political Choices, and Development Common Sense. In: TRUBEK, D.; SANTOS, A. *The New Law and Economic Development*. Cambridge: Cambridge University Press.
_____. (2013). Law and Development Economics: Towards a New Alliance. In: STIGLITZ, J. E.; KENNEDY, D. *Law and Economics with Chinese Characteristics*: Institutions for Promoting Development in the 21st Century. Oxford: Oxford University Press.
_____. (1993). The Stakes of Law, or Hale and Foucault! In: KENNEDY, D. *Sexy Dressing*. Cambridge: Harvard University Press.
_____. (2006). Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000. In: TRUBEK, D.; SANTOS, A. The New Law and Economic Development. Cambridge: Cambridge University Press.
LÓPEZ MICHELSEN, A. (May 19, 1978). "El nuevo modelo de desarrollo". *Texto del discurso pronunciado por el Presidente de la República al instalar la IV asamblea de instituciones financieras (ANIF).*
MINISTRY OF LABOR AND SOCIAL SECURITY [MinTrabajo]. (1971). "Strategy for employment policy". Bogotá.
OCAMPO, J. A.; BERNAL, J.; AVELLA, M.; ERRÁZURIZ, M. (1994). La consolidación del capitalismo moderno (1945-1986). In: COLMENARES, G.; OCAMPO GAVIRIA, J. A. *Historia económica de Colombia*. Bogotá: Tercer mundo editores en coedición con fedesarrollo.
PARRA, R. (1987). *La política social en Colombia 1975-1896. CEPAL.* Reunión sobre Políticas Sociales, Transformación y Desarrollo en América Latina, Montevideo, Uruguay, 30 de junio al 3 de julio de 1987.
PASTRANA, M. (1973). *Mensaje del señor presidente de la República de Colombia doctor Misael Pastrana Borrero al Congreso Nacional: 20 de julio de 1973*. Bogotá: Tall. Gráf. del Banco de la República.
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (1975). López Cumple. Protección para la mujer, el niño y la familia colombiana, Bogotá.
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Consejería para la Reconciliación, la Normalización y la Rehabilitación [CRNR] & Secretaría de Integración Nacional [SIN]. (1986). *Plan Nacional de Rehabilitación. Una estrategia de desarrollo social y regional para la reconciliación.* Bogotá: Presidencia de la República, Consejería para la Reconciliación, la Normalización y la Rehabilitación & Secretaría de Integración Nacional.
REVISTA SEMANA (1983 Marzo 29). *Construcción y vivienda*. Available at: <http://www.semana.com/especiales/articulo/construccion-vivienda/3423-3>.
REVISTA SEMANA (1986 Octubre 1). *Lo bueno, lo malo y lo feo*. Available at: <http://www.semana.com/nacion/articulo/lo-bueno-lo-malo-lo-feo/8015-3>.
RITTICH, K. (2002). *Recharacterizing Restructuring. Law, Distribution and Gender in Market Reform*. The Hague: Kluwer Law International.
SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN POPULAR [SIP]. (1975). "Programa General para el Desarrollo de la comunidad".
TURBAY, J.C. (1982). *Hechos y cifras*. Bogotá: Presidencia de la República.

UNICEF, Ministerio de Salud Pública [MinSalud], Departamento Nacional de Planeación [DNP], (1970). Conferencia Nacional sobre Familia, Infancia y Juventud.

Helena Alviar Garcia

Bogotá – Colombia
halviar@uniandes.edu.co

Full Professor and Dean of Universidad de Los Andes.

RECEBIDO EM 02.08.2015 | APROVADO EM 09.11.2015

DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Carmen Hein de Campos

CHALLENGES TO THE IMPLEMENTATION OF THE MARIA DA PENHA LAW

RESUMO

Este artigo discute a situação das principais instituições que compõem a rede especializada de atendimento à mulher em situação de violência e seu impacto sobre a implementação da Lei Maria da Penha. Partindo do trabalho da Comissão Parlamentar que investigou a violência contra a mulher, o artigo amplia as reflexões existentes sobre os serviços, apontando os principais obstáculos e os novos desafios para o reforço da dimensão preventiva e assistencial proposta pela lei.

PALAVRAS-CHAVE

Lei Maria da Penha; Comissão Parlamentar de Inquérito; rede de assistência.

ABSTRACT

This article analysis the specialized network institutions for domestic violence against women and its impact on the implementation of the Maria da Penha Law. Based on the work of the Parliamentary Commission that investigated violence against women, the article widens the existing reflections on services, pointing out the main obstacles and new challenges to strengthen the preventive dimension proposed by the law.

KEYWORDS

Maria da Penha Law; Comission of Inquery; specialized network.

Introdução

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) é uma experiência bem-sucedida de *advocacy* feminista (BARSTED, 2011). Dentre suas principais características destacam-se a perspectiva da complexidade da violência doméstica e familiar visualizada pelo tratamento integral, multidisciplinar e em rede; a tutela penal exclusiva para as mulheres e a criação da categoria normativa de violência de gênero; as definições de violência para além dos tipos penais tradicionais (violência física e ameaça); a unificação dos procedimentos judiciais cíveis e criminais em um mesmo juizado em virtude de

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201517

um único fato gerador – a violência – evitando-se que a mulher tenha de percorrer duas instâncias judiciais; as medidas protetivas de urgência que objetivam oferecer um mecanismo rápido de contenção da violência sem necessariamente instaurar um inquérito policial; as medidas extrapenais, de natureza preventiva, que pretendem intervir no contexto cultural para mudar as noções estereotipadas de gênero; a redefinição da expressão "vítima" (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

Estas, dentre outras inovações jurídicas introduzidas pela Lei Maria da Penha, provocaram inúmeros debates e resistências à sua aplicação (CAMPOS; CARVALHO, 2011; PASINATO, 2011; 2015).

Após 8 anos de vigência, persistem desafios para que a lei consiga cumprir seus objetivos e ter sua aplicação segundo as suas prescrições, conforme identificou a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI). O objetivo deste artigo é analisar os principais obstáculos encontrados pela CPMI na implementação da Lei Maria da Penha, especialmente no que respeita à rede especializada de atendimento. A maioria dos estudos produzidos sobre a rede especializada após a edição da LMP está dirigida à análise das Delegacias da Mulher (DEAMs) e dos Juizados Especializados (OBSERVE, 2010; 2011; PASINATO, 2011; CEPIA, 2013). Poucos estudos analisaram outros serviços como centros de referência (MADSEN; ABREU, 2014; SANTOS, 2015) e, ainda, Departamentos Médico-Legais (DML), serviços de abortamento, casas-abrigo, dentre outros. A partir do trabalho da CPMI, do qual tive a oportunidade de participar, sistematizo os seus principais achados, cotejando-os com estudos já realizados sobre o tema. Embora a CMPI não tenha descoberto "a roda", o seu mérito está em traçar um panorama da rede de atendimento em todo o País, ampliando os estudos e as pesquisas realizados em localidades específicas. Assim, este artigo discute a situação das principais instituições que compõem a rede especializada de atendimento à mulher em situação de violência e reflete seu impacto sobre a implementação da Lei Maria da Penha.

1 A CPMI, a Lei Maria da Penha e a rede especializada de atendimento

A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência contra a Mulher, do Congresso Nacional, entre março de 2012 e julho de 2013, investigou a violência contra as mulheres no País.[1] O conjunto deste trabalho está reunido no Relatório Final (2013) cujas conclusões corroboram o que estudos e práticas feministas já apontavam: a falta de prioridade política no enfrentamento à violência contra as mulheres (PASINATO, 2011; OBSERVE, 2010) e as maiores dificuldades enfrentadas por grupos de mulheres mais vulneráveis, tais como negras (MADSEN; ABREU, 2014), quilombolas, ribeirinhas, indígenas etc., a pouca articulação da rede especializada (PASINATO, 2011; 2015; SANTOS, 2015; CEPIA, 2013) e, acredito, um possível esgotamento de alguma dessas políticas públicas.

A Lei Maria da Penha (LMP) é o principal instrumento legal para a proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Ao instituir uma política pública e um sistema de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e organizações não governamentais,[2] a sua implementação depende de políticas de prevenção e assistência, do comprometimento dos agentes públicos e da articulação de toda a rede[3] (PASINATO, 2015). No entanto, algumas dessas respostas parecem já não dar conta da complexidade do mundo contemporâneo e da vida das mulheres. No entanto, a ausência de serviços em vários cantos do País parece contradizer essa afirmação, pois não pode haver esgotamento de uma política se sequer ela existiu plenamente. Assim, a complexidade da situação requer cautela na análise, pois, se pode haver um afastamento das mulheres de alguns serviços da rede nas capitais, o mesmo não acontece no interior do País, onde sequer há o acesso à rede. Dessa forma, a diversidade das situações de vida das mulheres, a heterogeneidade das perspectivas das redes (SANTOS, 2015) e a diversidade geográfica do Brasil não permitem uma conclusão generalizadora.

A política nacional de enfrentamento à violência contra a mulher é desenvolvida pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/PR) em parceria com estados e municípios. Essa política é constituída por inúmeras ações estabelecidas no Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher (BRASIL, 2011, p. 14-15). Um dos eixos do pacto é a *ampliação e fortalecimento da rede de serviços para mulheres em situação de violência*.

Conforme a SPM/PR, a *rede de serviços para mulheres em situação de violência* (rede especializada) é constituída por Centros de Atendimento à Mulher em situação de violência (Centros de Referência de Atendimento à Mulher, Núcleos de Atendimento à Mulher em situação de Violência, Centros Integrados da Mulher), Casas-abrigo, Casas de Acolhimento Provisório (Casas de Passagem), Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (postos ou seções da Polícia de Atendimento à Mulher), Núcleos da Mulher nas Defensorias Públicas, Promotorias Especializadas, Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, Ouvidoria da Mulher, Serviços de saúde voltados para o atendimento aos casos de violência sexual e doméstica, Posto de Atendimento Humanizado nos aeroportos (tráfico de pessoas) e Núcleo de Atendimento à Mulher nos serviços de apoio ao migrante (BRASIL, 2011, p. 15).

Como se observa, uma série de serviços de diferentes setores compõe a rede de assistência, tais como assistência social, segurança pública, saúde e justiça. Dessa forma, a rede especializada de serviços integra a rede mais ampla de enfrentamento à violência contra a mulher, duas perspectivas divididas entre gestão/formulação e execução, mas unidas pela interdisciplinaridade, intersetorialidade e transversalidade de gênero (PASINATO, 2015). Conforme Pasinato (2015, p. 537), a rede de enfrentamento

articula, projeta, formula, programa, implanta, monitora e avalia, enquanto que a rede de atendimento executa, implanta, aplica, atende e encaminha. Durante as visitas da CPMI, foi possível observar o atendimento propriamente dito, a execução e o encaminhamento.

A CPMI verificou ainda que a rede de atendimento é reduzida se considerarmos a diversidade regional e especialmente a dimensão geográfica do País, fato também constatado por outras pesquisas (OBSERVE, 2011). O Brasil possui 26 estados, um Distrito Federal e 5.570 municípios (IBGE, 2013) e a rede especializada de atendimento é composta de 977 serviços, o que significa que atinge menos de 20% dos municípios brasileiros (BRASIL, 2013).

Além disso, as verbas concentram-se nas capitais e os municípios menores possuem poucos recursos para a execução das políticas públicas. No entanto, muitos não têm a compreensão sobre o tema e não relacionam os problemas estruturais, tais como a falta de água, de esgoto, de escolas etc., a situações que podem tornar mais vulneráveis determinadas populações, especialmente, mulheres.

No entanto, é importante pontuar que desde 2003 a SPM/PR vem investindo na ampliação dos serviços e estes cresceram significativamente desde então, conforme se observa no Quadro 1.

QUADRO 1: **EVOLUÇÃO DOS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS**

SERVIÇOS	ANOS		
	2003	2007	2011
CENTROS DE REFERÊNCIA	36	110	187
CASAS-ABRIGO	43	63	72
DEFENSORIA ESPECIALIZADA	4	24	57
DEAMS/PAMS	248	338	470*
JUIZADOS E VARAS ADAPTADAS	0	47	94
PROMOTORIA ESPECIALIZADA/NÚCLEO DE GÊNERO MP	0	7	48
TOTAL	331	589	928

Fonte: Secretaria de Políticas para as Mulheres.

* O número inclui os postos de atendimento à mulher.

Em 2013, conforme o Relatório da CPMI, o número de serviços continuou crescendo.

QUADRO 2: **REDE ESPECIALIZADA DE ATENDIMENTO À MULHER**

SERVIÇOS	NÚMERO
DEAMs	408*
NÚCLEOS ESPECIALIZADOS EM DELEGACIAS COMUNS	103
CENTROS DE REFERÊNCIA	202
CASAS-ABRIGO	71
JUIZADOS ESPECIALIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	66
VARAS ADAPTADAS	27
PROMOTORIAS DA MULHER	64
DEFENSORIAS OU NÚCLEOS DE DEFESA DA MULHER	36
TOTAL	977

Fonte: CMPI da Violência contra a Mulher.

* Somando-se o número das DEAMs com os Postos de Atendimento tem-se 551, um aumento de 41 unidades.

Entretanto, a maioria desses serviços encontra-se nas capitais e regiões metropolitanas, o que dificulta o acesso das mulheres que moram em bairros afastados ou mesmo em regiões distantes, como na zona da mata, rural, floresta etc.

Além disso, a falta de articulação entre os diversos serviços da rede é outro obstáculo ao acesso aos serviços (OBSERVE, 2010, PASINATO, 2011; 2015; SANTOS, 2015). A CPMI averiguou que muitos serviços não se comunicam entre si, mesmo estando no mesmo prédio ou situados proximamente, ou ainda pertencentes à mesma instituição, como as delegacias e os serviços médico-legais, em geral, vinculados às secretarias de segurança. A falta de articulação impede o oferecimento de outros serviços às mulheres, a complementariedade, transversalidade da atuação, resultando em prejuízo às mulheres (BRASIL, 2013, p. 47; PASINATO, 2015). Assim, a falta de articulação faz com que alguns serviços sejam pouco acessados pelas mulheres e, dessa forma, considerados desnecessários ou ociosos por alguns gestores. Para Santos (2015),

essa falta de articulação ou de conhecimento recíproco entre as redes é uma "falta de linha" (SANTOS, 2015, p. 580), cuja diferença nas abordagens ou na comunicação das redes pode ser explicada pelos seguintes fatores: a) a posição institucional de cada serviço; b) a formação profissional e extracurricular das/os agentes institucionais; c) a história do serviço.

Em vários estados, sequer pode-se dizer que constituem uma rede, pois não conversam entre si, não discutem casos coletivamente, não pensam em conjunto a resolução dos problemas etc. Cada serviço age individualmente e não institucionalmente articulado (BRASIL, 2013; SANTOS, 2015; PASINATO, 2015). A ação isolada ou precariamente conjugada dificulta o acesso das mulheres e, consequentemente, a implementação da Lei Maria da Penha.

A seguir, analisa-se o funcionamento de cada serviço que compõe a rede a partir das constatações da Comissão e de pesquisas sobre o tema.

1.1 Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs)

Surgidas na década de 1980, em pleno processo de redemocratização do País, as Delegacias da Mulher foram uma resposta governamental às denúncias feministas de descaso policial aos crimes cometidos contra mulheres (SANTOS, 2005). Com a primeira delegacia criada no estado de São Paulo, em 1985, para investigar alguns delitos contra a pessoa do sexo feminino,[4] surgiu a principal política pública de enfrentamento à violência contra mulheres. Inúmeros estudos foram realizados sobre as DEAMs e em diversas perspectivas (MUNIZ, 1996; SOARES, 1999; BRANDÃO, 1998; SANTOS, 2004; 2005; 2010; CNDM, 2001; DEBERT, 2006; GREGORI, 2006; PASINATO, 2006, 2009, 2010; OBSERVE, 2010; 2011; CEPIA, 2013), não sendo necessário reproduzi-los.

A ideia original era de que o atendimento prestado por policiais do sexo feminino devidamente capacitadas seria mais solidário e respeitoso do que o prestado por policiais homens (SANTOS, 2004; PASINATO; SANTOS, 2008; CNDM, 2001). Desde então, o número de delegacias ampliou-se consideravelmente. O avanço no número de DEAMs foi registrado pela CPMI. Em 1992, o Brasil possuía 125 delegacias e, em 2012, o número passou para 432, um aumento equivalente a 345,6%. (BRASIL, 2013, p. 48). Por um lado, esse crescimento reflete o esforço da SPM/PR em ampliar o número de delegacias, por outro, revela o foco privilegiado no sistema de justiça criminal (PASINATO, 2010; 2015).

No entanto, conforme observou a CPMI, não apenas o número de delegacias é insuficiente como a capacitação dos servidores e servidoras é deficitária e não raro o tratamento que as mulheres recebem não é aquele (solidário e respeitoso) que esteve no fundamento de sua criação (OBSERVE, 2011; CEPIA, 2013; PASINATO, 2011; TAVARES, 2015), revelando o despreparo para o atendimento humanizado e a escuta (TAVARES, 2015).

Além disso, as delegacias da mulher, assim como as demais delegacias de polícia, sofrem com a falta de estrutura, poucos recursos humanos e materiais, e com raras exceções (BRASIL, 2013; OBSERVE, 2011; PASINATO, 2015), atendem o estabelecido na Norma Técnica das DEAMs. Nos 17 estados visitados e em 19 diligências realizadas, a CPMI constatou a situação de abandono e de pouca importância das DEAMs, a falta de investimentos na segurança pública, a precariedade material e os escassos recursos humanos (BRASIL, 2013; OBSERVE, 2011; PASINATO, 2015; SANTOS, 2015). Além disso, a articulação com os outros serviços da rede não é uma política institucional e permanente, dependendo, em muitos casos, da atuação individual de servidores ou servidoras (BRASIL, 2013; OBSERVE, 2011; PASINATO, 2015; SANTOS, 2015).

Ademais, nos estados onde há comunidades indígenas, pomeranas e quilombolas, dentre outras, a CPMI verificou a dificuldade dessas mulheres em acessar à rede. As DEAMs, por exemplo, não possuem profissionais que possam traduzir as demandas das mulheres indígenas, pomeranas ou quilombolas feitas na língua de origem. A dificuldade de acesso desses grupos específicos de mulheres é indicador de negação à justiça na sua dimensão de acessibilidade (ONU, 2015) e favorece a revitimização das mulheres (MADSEN; ABREU, 2014).

1.2 Casas-abrigo

Até 2003, ao lado das Delegacias da Mulher, as casas-abrigo constituíram-se na principal política pública de enfrentamento à violência contra as mulheres (BRASIL, 2011a; SANTOS, 2015; PASINATO, 2015), com o objetivo de oferecer segurança para as mulheres em risco de morte ou grave ameaça.

O abrigamento é definido pela SPM/PR como uma série de serviços que incluem programas e benefícios de acolhimento provisório destinados a mulheres em situação de violência (violência doméstica e familiar contra a mulher, tráfico de mulheres etc.) que se encontrem sob ameaça e que necessitem de proteção em ambiente acolhedor e seguro. Nesse sentido:

> O abrigamento não se refere somente aos serviços propriamente ditos (albergues, casas-abrigo, casas-de-passagem, casas de acolhimento provisório de curta duração etc.), mas também inclui outras medidas de acolhimento que podem constituir-se em programas e benefícios (benefício eventual para os casos de vulnerabilidade temporária) que assegurem o bem-estar físico, psicológico e social das mulheres em situação de violência, assim como sua segurança pessoal e familiar. (BRASIL, 2011, p. 15)

No entanto, essa nova diretriz de abrigamento ainda não é uma realidade em todo o País. A CPMI ao visitar casas-abrigo em três capitais[5] encontrou um reduzido

número de mulheres abrigadas, o que parece indicar que essa forma de abrigamento está em declínio. Entretanto, isso não significa dizer que a violência contra as mulheres esteja decrescendo, o que seria um aspecto positivo, mas pode indicar que as mulheres não estão buscando o serviço oferecido ou desconhecem sua existência ou, ainda, não são a ele encaminhadas (BRASIL, 2013; OBSERVE, 2011; PASINATO, 2015; SANTOS, 2015). No entanto, a hipótese mais provável é que as casas-abrigos, da forma como ainda se estruturam, não atendem mais às necessidades das mulheres. A lógica disciplinante que vigora nas casas não rompe com a noção de confinamento e disciplina dos corpos das mulheres. Relatos de mulheres indicam que se trata de um espaço de violência, pois elas se sentem presas em vez do agressor (TAVARES, 2015, p. 557). Além disso, o afastamento, mesmo que temporário, dos vínculos familiares, de trabalho, escola etc. contribui para que as mulheres prefiram correr risco de morte a ficarem abrigadas. Tampouco contribuem para a autonomia das mulheres, pois os poucos cursos de capacitação oferecidos não conseguem romper a lógica do senso comum e resumem-se aos tradicionais artesanato, manicure e outros que pouco contribuem para a inserção autônoma das mulheres no mercado de trabalho (BRASIL, 2013), reforçando os estereótipos de gênero. Pouquíssimas casas promovem capacitação para inclusão digital ou uma formação profissional que seja, de fato, economicamente rentável ou competitiva (BRASIL, 2013). As casas-abrigo foram (e talvez ainda sejam) espaços importantes para mulheres em risco. No entanto, sua manutenção parece vincular-se a uma ideia de risco não mais compartilhada pelas usuárias. A nova demanda de mulheres ameaçadas pelo tráfico revela uma mudança no perfil das usuárias, problema que grande parte das gestoras e profissionais não está preparada para atender.

1.3 Centros de referência

Os centros de referência passaram a integrar a política de enfrentamento à violência contra as mulheres a partir de 2003, quando foi criada a SPM/PR.

Assim como observado com as casas-abrigo, os centros de referência especializados para atendimento às mulheres são poucos e sua grande maioria localiza-se nas capitais (BRASIL, 2013). Os problemas são comuns às demais instituições, como em alguns ausência de profissionais, enquanto outros eram pouco procurados ou raramente recomendados pelas demais instituições (BRASIL, 2013). Em alguns lugares, o centro estava praticamente ao lado da DEAM, no entanto, um número reduzido de mulheres era encaminhado ao local.

Fato que chama a atenção é que os centros que acolhem, além da violência doméstica e familiar, também a violência racial, lesbofobia, contra homossexuais, registraram um elevado número de casos, especialmente de violência homofóbica. Por certo, quanto mais acolhedor, mais registros. No entanto, merece ser mais bem analisada a crescente visibilidade da violência homofóbica comparativamente à violência

racial, indicando a persistência invisível do racismo institucional (MADSEN; ABREU, 2014).

1.4 Juizados especializados de violência doméstica e familiar

O reduzido número de juizados, apenas 66, é outro empecilho à plena aplicação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2013, p. 52). Assim como a maioria dos serviços, localiza-se nas capitais (OBSERVE, 2010; PASINATO, 2011), não tem equipe multidisciplinar adequada e completa, não possui servidores em número suficiente e tem excesso de processos em tramitação, levando a prescrição de muitos feitos (BRASIL, 2013, p. 52).

Embora a Lei Maria da Penha estabeleça a competência civil e criminal para os Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar, a grande maioria deles atua apenas na esfera criminal, obrigando as mulheres a ingressarem nas varas de família para os procedimentos de natureza não criminal. Com isso, inviabiliza-se a dupla jurisdição e rompe-se com a lógica da Lei Maria da Penha de evitar a peregrinação das mulheres em busca de justiça. A alegação para o descumprimento da lei é a de que os juizados e varas não possuem estrutura para atender a essa dupla demanda, já que as medidas protetivas são inúmeras e abarrotam os juizados (BRASIL, 2013).

Entretanto, a lei estabeleceu a competência híbrida (civil e criminal) para evitar que as mulheres tivessem de percorrer duas instâncias judiciais diferentes quando a origem do problema é a mesma: a violência doméstica e familiar (CAMPOS; CARVALHO, 2011). Sabe-se que, com a criação da Lei Maria da Penha, a violência doméstica, antes julgada nos juizados especiais criminais, nas varas criminais ou de família, deslocou-se para os Juizados ou Varas especializadas de violência doméstica. Isso, por um lado, diminuiu substancialmente a atividade processual e cartorária dessas varas, e, por outro, sobrecarregou os juizados especializados. No entanto, mesmo com a diminuição dos processos nas varas criminais e de família em decorrência de seu deslocamento para os Juizados Especializados de Violência Doméstica, o Poder Judiciário não se adequou a esta nova realidade, mantendo varas criminais comuns com pouca movimentação e Juizados Especializados sobrecarregados.

Observa-se, portanto, uma lógica invertida da prestação jurisdicional. É como se a realidade da violência devesse adequar-se ao Poder Judiciário e não este à realidade social. A prestação jurisdicional apresenta-se não como um dever do estado e um direito das mulheres, mas como um "direito capenga", um "meio direito". Assim, as mulheres têm direito, mas "nem tanto". (CAMPOS, 2015, p. 524). A ausência de preferência na criação dos Juizados ou Varas Especializadas pelos Tribunais de Justiça revela que a violência doméstica e familiar não possui relevância para merecer prioridade orçamentária.

Por sua vez, a violência doméstica praticada contra as mulheres indígenas e a dificuldade de a lei "ingressar" nas aldeias introduzem novos problemas relacionados

à sua aplicação. O fato de as aldeias estarem sob a jurisdição federal e a cobrança das indígenas que querem ver a lei aplicada à violência por elas sofrida[6] são elementos de tensão na aplicação e abrangência da lei.

Igualmente, a aplicação da lei para casais de lésbicas tem sido pouco visibilizada, talvez pelo reduzido número de casos que chegam ao Judiciário ou pelo despreparo dos operadores do direito em lidar com essa violência.

1.5 Departamentos Médico-Legais (DML/IML)

O serviço de perícia médica é uma atividade realizada pelos departamentos médico-legais (DML) ou pelos institutos médico-legais (IML). Estes serviços são essenciais para a comprovação de muitos crimes e para a coleta da prova nos crimes de lesões corporais, estupro e homicídios. A Lei Maria da Penha, no art. 35, III, expressamente estabelece a obrigatoriedade de criação de serviços médico-legais especializados para o atendimento às mulheres.

No entanto, a realidade desses serviços está longe de ser ideal. Os IMLs visitados pela CPMI encontravam-se em péssimas condições físicas, materiais e deficientes em recursos humanos. Alguns sequer deveriam estar em funcionamento tamanha a precariedade.[7] (BRASIL, 2013, p. 51). Além disso, as poucas unidades nos estados concentram-se nas capitais, adicionando outro obstáculo ao acesso à justiça. Em alguns estados, as mulheres têm de viajar a outros municípios para realizarem o exame de corpo de delito.[8] (BRASIL, 2013). Em razão da distância e da falta de recursos, muitas mulheres deixam de realizar o exame de corpo de delito e, com isso, o inquérito policial e a obtenção da prova tendem a ficar comprometidos e serem arquivados por prescrição.

1.6 Serviços de abortamento legal

O atendimento das mulheres nos serviços de abortamento legal visa garantir os direitos sexuais e reprodutivos e, embora esteja regulamentado pelo Ministério da Saúde, mostrou-se quase inexistente.

O abortamento legal está diretamente ligado aos permissivos penais (estupro e para salvar a vida da gestante) e, em casos de anencefalia, situações em que sua realização não é penalizada, sendo normatizadas pelo Ministério da Saúde. A Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento parte do reconhecimento de que abortamentos praticados em condições inseguras são causa de morte materna, razão pela qual as mulheres que procuram os serviços devem ser tratadas com dignidade (BRASIL, 2005, p. 5). Nesse sentido, o acolhimento e a orientação adequada são deveres dos profissionais de saúde e direito das mulheres.

Apesar da normatização existente, a CPMI diagnosticou que os estados tiveram muita dificuldade em informar quantos abortamentos haviam realizado do período investigado. Mesmo aqueles que responderam dizendo que realizam o procedimento, não informaram quantos foram realizados. A invisibilidade decorre não apenas da ausên-

cia de informações sobre esses serviços, mas também da omissão dos próprios serviços, que não divulgam sua existência, ocultando a informação e, consequentemente, dificultando o acesso às mulheres que dele necessitam. Conforme vários estudos apontam (OMS, ONU, 2011), a ausência de serviços de abortamento legal coloca em risco a vida das mulheres porque leva à procura por serviços inseguros. A descriminalização do aborto e a criação e ampliação dos serviços de abortamento legal têm sido recomendações constantes dos mecanismos de direitos humanos das mulheres (ONU, 2011; CEDAW, 2012).

1.7 Notificação compulsória da violência doméstica e sexual

A notificação compulsória da violência doméstica e sexual pelos serviços de saúde foi instituída pela Lei n. 10.778/2003 e obriga a todo o serviço de saúde público ou privado a notificar toda e qualquer violência sofrida pelas mulheres. Apesar da importância e obrigatoriedade da notificação, esta ainda é baixa no Brasil, especialmente no interior, onde alguns municípios não haviam notificado um caso sequer. (BRASIL, 2013). A pouca compreensão dos profissionais sobre a importância da notificação dificulta não apenas dimensionar a magnitude da violência, mas também desenvolver as políticas de saúde, prevenção e assistência (BRASIL, 2013). O aumento da notificação está diretamente relacionado à capacitação dos profissionais de saúde, o que destaca a importância das ações que vêm sendo promovidas pelo Ministério da Saúde, com certa regularidade e em parceria com as secretarias de saúde estaduais e municipais (BRASIL, 2015).

1.8 A dificuldade da interiorização das políticas

Não há dúvida de que a dimensão e a diversidade geográfica do Brasil são fatores que dificultam a interiorização das políticas públicas. No entanto, é a concentração de recursos nas capitais e regiões metropolitanas, por um lado, e a ausência de políticas específicas, por outro, o que invisibiliza mulheres ribeirinhas, indígenas, rurais, pomeranas, negras. Questões simples como a presença de um intérprete para mulheres indígenas, pomeranas ou comunidades quilombolas, nos estados onde se concentram, demonstra também a invisibilidade dessas mulheres.

A invisibilidade também se dá pela dificuldade de acesso aos serviços, embora ações venham sendo tomadas pela SPM/PR, a exemplo das unidades móveis.[9] Dar visibilidade às diversas necessidades das mulheres é um enorme desafio, especialmente em um país como o Brasil, cuja amplitude e diversidade geográfica e regional agravam a situação, sob pena de se transformar a diversidade em revitimização e exclusão.

Conclusão: superando os obstáculos na aplicação da lei

Como mencionado no início, este artigo pretendeu sistematizar os principais obstáculos apontados pela CPMI para a implementação da dimensão da assistência às mulheres

em situação de violência caracterizada pela rede especializada de atendimento às mulheres prevista na Lei Maria da Penha.

A perspectiva da complexidade da violência doméstica e familiar assumida pela referida lei fez com que apostasse em tratamento integral, mas dependente de ações articuladas entre as diversas instituições públicas federais, estaduais e municipais e com as organizações da sociedade civil, isto é, da rede de atendimento. Uma das constatações, conforme diagnosticado pela CPMI e outros estudos, é o fato de que as redes são diversificadas e, e em geral, mais pessoalizadas que institucionalizadas. A sua existência é mais visível nas capitais, onde também apresentou grau maior de desarticulação ou pouca comunicação. Os serviços também sofrem com a precária estrutura física e ausência de profissionais, a exemplo das DEAMs e Centros de Referência. As casas-abrigo tornaram-se espaços vazios, lugares mais identificados com violência do que proteção e despreparados para a nova demanda da violência originada do tráfico.

A dificuldade de acesso à rede é um obstáculo para o acesso à justiça para mulheres negras, ribeirinhas, pomeranas, da mata, indígenas etc. Sua superação depende sem dúvida de mais recursos, mas também do esforço e aposta política dos agentes estatais na sua implementação.

O reforço na dimensão preventiva e assistencial caracterizada pela rede é uma aposta no enfraquecimento da perspectiva repressiva que por anos norteou as políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres. A Lei Maria da Penha fez essa aposta. Resta saber se os poderes públicos estão com ela comprometidos.

NOTAS

1 A autora do artigo assessorou a CPMI, especialmente a Relatora, Senadora Ana Rita. Durante o seu trabalho, a CPMI conversou com especialistas, visitou os dez estados com as maiores taxas de homicídios de mulheres e outros sete por solicitação das parlamentares; realizou audiências públicas, ouviu o movimento de mulheres, visitou a rede especializada e analisou os documentos enviados pelos estados.

2 No Título III estão previstas as medidas de assistência à mulher em situação de violência e no Capítulo I, as medidas de prevenção (art. 8º) e de assistência (art. 9º).

3 Utiliza-se aqui o conceito de rede formulado no documento Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher. Conforme o documento, a "o conceito de rede de enfrentamento à violência contra as mulheres diz respeito à atuação articulada entre as instituições/serviços governamentais, não governamentais e a comunidade, visando ao desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção e de políticas que garantam o empoderamento e construção

da autonomia das mulheres, os seus direitos humanos, a responsabilização dos agressores e a assistência qualificada às mulheres em situação de violência" (BRASIL, 2011, p. 13).

4 O Decreto n. 23.769, de 6 de agosto de 1985, que criou a primeira delegacia da mulher, estabeleceu que esta deveria investigar determinados "delitos contra a pessoa do sexo feminino", tais como ameaças, lesões corporais, adultério, constrangimento ilegal, atentado violento ao pudor. A Delegacia de São Paulo foi criada como Delegacia dos Direitos da Mulher (DDMs).

5 A visita foi realizada nas casas-abrigo de Maceió/AL, Boa Vista/RR e João Pessoa/PB.

6 Durante a visita da CPMI ao estado de Mato Grosso do Sul e em reunião com as mulheres indígenas, estas relataram a violência sofrida e a dificuldade de aplicação da Lei Maria da Penha.

7 O DML de Maceió/AL estava em condições precaríssimas.

8 Fato observado no estado de Goiás.

9 Unidades Móveis para atendimento a mulheres em situação de violência no campo e na floresta. Conforme o *site* disponível em <www.spm.gov.br>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARSTED, Leila. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de *advocacy* feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANDÃO, Elaine Reis. Violência conjugal e o recurso feminino à polícia. In: BRUSCHINI, Cristina; HOLLANDA, Heloísa Buarque (org.). *Horizontes plurais*: novos estudos de gênero no Brasil. São Paulo: Editora 34, 1998.

BRASIL. Diretrizes Nacionais para o abrigamento de mulheres em situação de risco e violência. Brasília: Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres Secretaria de Políticas, 2011a. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/abrigamento>. Acesso em: 4 mai. 2015.

_____. Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher. Brasília: Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres Secretaria de Políticas da Presidência da República, 2011b. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/pacto-nacional>. Acesso em: 4 mai. 2015.

_____. Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Brasília: Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, 2011c. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/rede-de-enfrentamento>. Acesso em: 4 mai. 2015.

_____. Norma Técnica de Padronização das DEAMs. Brasília: Secretaria de Política para as Mulheres, 2010. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/lei-maria-da-penha/lei-maria-da-penha/norma-tecnica-de-padronizacao-das-deams-.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2015.

_____. Relatório final. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Brasília: Senado Federal, 2013.

_____. Norma Técnica Atenção Humanizada ao Abortamento. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2015.

_____. Relatório de Auditoria Operacional. Ações de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2012.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de. A CPMI da violência contra a mulher e a implementação da Lei Maria da Penha. *Revista Estudos Feministas*. n. 23, v. 2. Florianópolis, 2015, p.519-531.
CEPIA – Cidadania, Estudos, Pesquisa, Informação e Ação. *Violência contra a mulher e acesso à justiça*. Estudo comparativo sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em cinco capitais. Relatório final. Rio de Janeiro: CEPIA/Ford, 2013.
CNDM – Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Pesquisa nacional sobre as condições de funcionamento das delegacias especializadas no atendimento às mulheres. Relatório final. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 2001.
DEBERT, Guita Grin. As Delegacias de Defesa da Mulher: judicialização das relações sociais ou politização da justiça?. In: CORRÊA, Mariza; SOUZA; Érica Renata de (Org.). *Vida em família*: uma perspectiva comparativa sobre "crimes de honra". Campinas: Pagu-Núcleo de Estudos de Gênero/Universidade Estadual de Campinas, 2006.
GREGORI, Maria Filomena. Delegacias de Defesa da Mulher de São Paulo: paradoxos e paralelismos. In: DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena; PISCITELLI, Adriana (Org.). *Gênero e distribuição da justiça*: as Delegacias de Defesa da Mulher e a construção das diferenças. Campinas: Pagu/Núcleo de Estudos de Gênero, Unicamp, 2006.
MADSEN, Nina; ABREU, Masra de. *Tolerância institucional à violência contra as mulheres*. Brasília: Cfemea, 2014.
MUNIZ, Jacqueline. Os direitos dos outros e os outros direitos: um estudo sobre a negociação de conflitos nas DEAMs/RJ. In: SOARES, Luiz Eduardo (Org.). *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ISER/Relume Dumará, 1996.
OBSERVE. Observatório pela Aplicação da Lei Maria da Penha. *Condições para aplicação da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) e nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas capitais e no Distrito Federal*. Salvador: Observe, 2010. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/subsecretaria-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres/leimaria-da-penha/20110107-relatorio-final-2010.pdf>. Acesso em: 24 out. 2015.
_____. *Identificando entraves na articulação dos serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar em cinco capitais*. Projeto Observe/Unifem. Relatório Final, 2011.
PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei n. 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
_____. Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, maio 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/38874/29353>. Acesso em: 26 out. 2015.
_____. Atendimento às mulheres em situação de violência em Belo Horizonte. In: LEOCÁDIO, Elcylene; LIBARDONI, Marlene (Org.). *O desafio de construir redes de atenção às mulheres em situação de violência*. Brasília: Agende, 2006.
_____. *Estudo de caso*. Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a Rede de Serviços para Atendimento de Mulheres em Situação de Violência em Cuiabá, Mato Grosso. Relatório final. São Paulo: Observe, set. 2009.
SANTOS, Cecília MacDowell. Delegacias da Mulher em São Paulo: Percursos e percalços. In: REDE SOCIAL DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS (Org.). *Relatório de Direitos Humanos no Brasil*. Rio de Janeiro: Parma, 2001.
_____. Curto-circuito, falta de linha ou na linha? redes de enfrentamento à violência contra mulheres em São Paulo. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, maio 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/38878>. Acesso em: 26 out. 2015.
SOARES, Bárbara. Delegacia de atendimento à mulher: questão de gênero, número e grau. In: SOARES, L. E. et alli *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Relume Dumará/ISER, 1999.
TAVARES, Márcia Santana. Roda de conversa entre mulheres: denúncias sobre a Lei Maria da Penha e descrença na justiça. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, maio 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/38875/29354>. Acesso em: 26 out. 2015.
WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2012: Atualização Homicídios de Mulheres no Brasil. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em 10 mai. 2015.

***Sites* consultados**

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2013/default.shtm>. Acesso em: 4 mai. 2015.

Mapa da violência. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 4 mai. 2015.
Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. Disponível em: <www.spm.gov.br>. Acesso em: 4 mai. 2015.

Carmen Hein de Campos

Vila Velha – ES – Brasil
carmen.campos@uvv.br

Professora do Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública da Universidade Vila Velha.
Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Mestre em Direito pela Universidade de Toronto (Programa Direitos Sexuais e Reprodutivos).

RECEBIDO EM 02.08.2014 | APROVADO EM 17.11.2015

ACESSO À JUSTIÇA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES: AS PERCEPÇÕES DOS OPERADORES JURÍDICOS E OS LIMITES PARA A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA *

Wânia Pasinato

ACCESS TO JUSTICE AND DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN: THE PERCEPTION OF LEGAL OPERATORS AND THE LIMITS TO THE APPLICATION OF THE MARIA DA PENHA LAW

RESUMO

Este artigo baseia-se nos resultados da pesquisa "Violência contra a mulher e acesso à justiça", que teve como objetivo refletir sobre a efetividade da aplicação da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) (CEPIA/Fundação Ford) e seus efeitos para a ampliação do acesso à justiça para as mulheres em situação de violência. Empiricamente, a pesquisa se realizou como estudos de caso em Porto Alegre, Recife, Salvador, Rio de Janeiro e São Paulo. Foram entrevistados 64 operadores do direito e outros profissionais que atuam com a aplicação da Lei. A pesquisa permitiu analisar as distâncias entre os dispositivos legais, as práticas profissionais e as rotinas institucionais de aplicação da legislação fortemente orientadas por estereótipos de gênero entre outros. Conclui-se que na brecha entre o formal e a prática se reproduzem as discriminações contra as mulheres que limitam seus direitos de acesso à justiça e sustentam seu não reconhecimento como sujeito de direitos.

PALAVRAS-CHAVE

Lei Maria da Penha; violência doméstica e familiar; mulheres em situação de violência; gênero, acesso à justiça.

ABSTRACT

This article is based on the research findings on "Violence against women and access to justice", which aimed to reflect on the effectiveness of the application of Law no. 11.340/2006 (Maria da Penha Law) (CEPIA/Ford Foundation) and its effects expanding access to justice for women in situations of violence. Empirically, the research was conducted as case studies in Porto Alegre, Recife, Salvador, Rio de Janeiro and Sao Paulo. 64 of Law operators were interviewed and other professionals who work with the application of the law. The survey allowed us to analyze the gap between the legal provisions, professional and institutional routines applying the heavily oriented legislation for gender stereotypes practices among others. It is concluded that the gap between the formal and the practice reproduce discrimination against women that limit their rights to access to justice and support their non-recognition as a subject of rights.

KEYWORDS

Maria da Penha Law; domestic violence; women living on violence situation; gender; access to justice.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201518

Introdução

A aprovação de leis especiais para o enfrentamento da violência baseada no gênero tem sido uma estratégia adotada pelos movimentos de mulheres em vários países para criar garantias formais de acesso à justiça e a direitos para mulheres em situação de violência. Este processo de mudanças legislativas tem seus avanços registrados particularmente a partir da década de 1990 no contexto de duas importantes convenções internacionais de direitos das mulheres: a Conferência para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – CEDAW (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994). Além das Conferências Internacionais de Direitos Humanos (Viena, 1993), População (Cairo, 1994), Mulheres (Beijing, 1995) que colocaram em relevo os direitos das mulheres como direitos humanos e as estratégias para seu reconhecimento e promoção.

Os movimentos feministas brasileiros não estiveram alheios a esses debates. Além de o Estado brasileiro ter assinado e ratificado os acordos internacionais, a participação de militantes feministas brasileiras no contexto internacional das Nações Unidas e da Organização de Estados Americanos, e a articulação interna de diferentes grupos de mulheres e feministas somaram forças decisivas para lutar contra o déficit histórico no acesso à justiça e à cidadania que afeta as mulheres em todo o País.

Um marco nesse processo foi a Constituição de 1988 com o reconhecimento formal de vários direitos da cidadania para as mulheres. Os avanços na situação das mulheres brasileiras, suas participações política, social e econômica são bastante visíveis na sociedade e estão expressos em indicadores nacionais.[1] No entanto, ainda persiste uma grande lacuna entre os direitos formais e os direitos de fato, excluindo da cidadania largas parcelas da população feminina.

Vários balanços já foram realizados sobre esse contexto legislativo nas últimas décadas (BARSTED, 2011, 2011a; PANDJIARJIAN, 2006; RODRIGUES; CORTÊS, 2006), com mudanças que podem ser resumidas nas palavras de Pandjiarjian, que afirma:

> Do ponto de vista normativo, a grande maioria dessas mudanças foi bastante positiva e representou um avanço no tratamento do tema, mas algumas não tiveram impacto, outras tiveram, até mesmo, um impacto especialmente negativo no enfrentamento jurídico da problemática. ...ainda são gritantes os limites entre a lei e o acesso aos direitos, na prática, para as mulheres vítimas de violência. (PANDJIARJIAN, 2006, p. 78)

Visando contribuir com essa temática, a CEPIA realizou projeto que teve como objetivo refletir sobre a efetividade da aplicação da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e seus efeitos para a ampliação do acesso à justiça para as mulheres em situação de violência. O ponto de partida para este projeto de pesquisa foi a constatação

de que as mulheres no Brasil ainda enfrentam um déficit em termos de reconhecimento social do seu pleno direito à justiça e que interfere com as práticas discriminatórias que prevalecem nas instituições policiais e judiciais.

De acordo com o relatório "Progresso das Mulheres/2003-2010" (BARSTED; PITANGUY, 2011), a aprovação da Lei Maria da Penha representa a força do movimento feminista brasileiro em sua contínua busca de espaços de diálogo com os poderes da República em prol dos direitos das mulheres. Na redação dessa lei, um consórcio de ONGs exerceu uma inovadora ação legislativa apresentando aos Poderes Executivo e Legislativo uma proposta de texto que foi aprovada praticamente sem alterações. Esse consórcio também manteve uma ação de *advocacy* em todo o percurso de tramitação do projeto que deu origem à Lei Maria da Penha (BARSTED, 2011).

A lei em questão é reconhecida como um marco para o processo histórico de construção e reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos no Brasil. Aclamada pela Organização das Nações Unidas como uma das leis mais avançadas no enfrentamento da violência contra as mulheres no mundo (UNWOMEN, 2011), essa legislação contempla medidas judiciais e extrajudiciais adotando uma concepção ampla de acesso à justiça e a direitos a partir da perspectiva de gênero. Por sua abrangência, o texto legislativo é também considerado um conjunto de políticas públicas para o enfrentamento da violência baseada no gênero, cuja aplicação integral depende do compromisso do Executivo, do Judiciário e do Legislativo nas esferas do governo federal, dos estados e municípios.

A aprovação social da Lei Maria da Penha tem sido demonstrada em pesquisas de opinião que foram realizadas desde sua entrada em vigor, em 2006 (ARTIGO 19, 2015). Uma das mais recente, realizada pelo DataSenado (2013), mostrou que 99% das mulheres entrevistadas já ouviram falar da Lei Maria da Penha. Apesar das proporções animadoras e que indicam a importância desse processo de conscientização da sociedade, outra pesquisa realizada no mesmo período (Instituto Patrícia Galvão/Data Popular, 2013) chamou a atenção para o conhecimento sobre o conteúdo da lei, mostrando que enquanto 98% de entrevistado(a)s declararam conhecer a lei, apenas 9% disseram saber muito e 23% razoavelmente bem/bastante sobre seu conteúdo.

Por um lado, esses números refletem o investimento que vem sendo feito em campanhas educativas e uma crescente conscientização das mídias que colocam em destaque os casos de violência contra as mulheres, e sobre a existência de uma legislação que precisa ser cumprida. Por outro lado, os números também alertam para parte dos problemas que as mulheres enfrentam para ter acesso à justiça, revelando lacunas no acesso à informação clara e suficiente sobre os mecanismos de proteção e assistência previstas na legislação.

Um efeito dessa maior visibilidade da lei e da violência doméstica e familiar tem sido a crescente demanda por informações, o que repercutiu na procura dos serviços, levando a uma permanente pressão sobre os governos estaduais e municipais para a

criação de novos serviços e na capacitação de pessoal para atendimento especializado. Alguns resultados já podem ser vistos com a ampliação no número de delegacias da mulher, juizados de violência doméstica e familiar, promotorias e defensorias especializadas (SPM, 2011).

No entanto, apesar dos investimentos financeiros e técnicos promovidos pela Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM) por meio do Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres e do Programa Mulher, Viver sem Violência priorizando a criação de novos equipamentos, a capacitação profissional e a edição de normas técnicas, manuais, resoluções e enunciados voltados a aprimorar o atendimento e melhorar o acesso à justiça para as mulheres em situação de violência doméstica e familiar a realidade dos atendimentos permanecem muito aquém do esperado em termos de especialização requerida na perspectiva de gênero e respeito aos direitos das mulheres (OBSERVE, 2011; MARTINS; CERQUEIRA; MATOS, 2015).

As pesquisas têm mostrado que a inexistência e/ou a inoperância desses serviços muitas vezes não contribuem e mesmo constituem obstáculos para que as mulheres possam ter acesso a seus direitos (OBSERVE, 2011; PASINATO, 2012). Falta de recursos materiais, de recursos humanos e despreparo das equipes são alguns dos problemas enfrentados. Outros problemas são a ausência de políticas sociais nos setores de saúde, habitação, educação, geração de renda e trabalho, assistência social e previdência social, entre outras, com a devida adequação dessas políticas para atender as mulheres em situação de violência doméstica e familiar; a dificuldade que os profissionais enfrentam para o trabalho articulado, intersetorial e multidisciplinar – o trabalho "em rede" – com uma persistente mentalidade de que cada serviço deve funcionar como uma "microrrede", trazendo para dentro de seu espaço o atendimento multidisciplinar, multiplicando o atendimento emergencial, com uma atuação fragmentada, descontínua, que permite poucos encaminhamentos, muitas vezes limitados por uma visão assistencialista ou de acesso a benefícios provisórios, mas que pouco ou nada contribuem para dar respostas efetivas para as mulheres e seu processo de fortalecimento e acesso a seus direitos.

Conhecedora desse contexto pontuado por avanços e resistências à mudança, a CEPIA realizou a pesquisa sobre os limites da aplicação da Lei Maria da Penha, abordando o acesso à justiça a partir de indicadores sobre a institucionalidade das estruturas necessárias para implementação da Lei Maria da Penha no sistema de segurança e justiça, a existência e condições de funcionamento dos serviços e as percepções dos operadores jurídicos sobre a lei, sobre violência doméstica e familiar e sobre as mulheres que procuram os serviços e demandam seus direitos por meio da aplicação da lei. Neste artigo, considerando os limites de sua extensão, optou-se por apresentar um extrato dos resultados desse último conjunto de indicadores, uma vez que as percepções dos operadores jurídicos revelaram importantes aspectos sobre os obstáculos para o acesso à justiça das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

1 Os estudos de caso: procedimentos metodológicos

Considerando o contexto anteriormente mencionado e reconhecendo os avanços ocorridos no Brasil nas duas últimas décadas, o desafio que se coloca para a efetivação da cidadania das mulheres refere-se à necessidade de diminuir a distância entre o progresso legislativo e o efetivo acesso à justiça. Nesta pesquisa, o tema do acesso à justiça é tratado pela dupla abordagem que considera, de um lado, a conquista tardia de uma cidadania formal para as mulheres, cujo marco anteriormente referido é o iniciado com a Constituição de 1988; e, por outro lado, a resistência cultural e institucional para reconhecer a violência doméstica e familiar como crime para os quais devem ser aplicadas as medidas de punição, prevenção e proteção previstas na lei.

A combinação dessas duas abordagens contribui para uma melhor compreensão da resistência institucional e cultural à aplicação da Lei Maria da Penha e uma avaliação mais completa do quanto o novo paradigma definido na Lei Maria da Penha tem sido incorporado nas práticas das instituições e dos operadores do direito. Por essa razão, o foco principal desta pesquisa são os agentes encarregados de aplicar a Lei Maria da Penha, considerando-se crucial conhecer sua visão em relação à violência doméstica e familiar e a Lei Maria da Penha, suas resistências, os entraves que enfrentam e as propostas de aprimoramento que apresentam. No entender da CEPIA, essa perspectiva, ainda pouco estudada, deve ser privilegiada.

O objetivo geral desta pesquisa foi contribuir para a ampliação e o aperfeiçoamento do acesso à justiça pelas mulheres em situação de violência doméstica e familiar e a boa implementação da Lei Maria da Penha.[2] Utilizou-se metodologia qualitativa baseada em estudos de caso que foram orientados por indicadores para avaliar os avanços dos compromissos institucionais com a aplicação da Lei Maria da Penha, as condições de funcionamento dos serviços existentes, a percepção dos operadores do direito sobre a legislação e os limites que encontram para sua atuação.[3] Os indicadores também abordam a percepção sobre a violência e as mulheres que recorrem às instâncias policiais e judiciais, buscando verificar o reconhecimento de sua cidadania. A construção dos indicadores foi realizada a partir da revisão de bibliografia sobre a Lei Maria da Penha e sobre o acesso à justiça. Para todas as etapas desta pesquisa foi adotada a perspectiva de gênero, compreendendo que os sistemas político e normativo de cada sociedade não são neutros, e contribuem para a reprodução da desigualdade entre homens e mulheres.

Os estudos de caso foram realizados em cinco capitais (Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo), selecionadas a partir de critérios que permitissem avaliar algum potencial de mudança em favor da aplicação dessa legislação que introduziu um conjunto de novas atribuições para os serviços de segurança e justiça, criando estruturas capazes de aplicar as medidas previstas, levando em conta suas especificidades. Entre os critérios de seleção: a) a existência de uma rede "mínima" de atendimento especializado para mulheres em situação de violência doméstica

e familiar;[4] b) a existência de órgãos de coordenação responsáveis pela institucionalidade desses serviços; e c) novas experiências que pudessem ser consideradas como "práticas promissoras" e indicativas de mudanças na aplicação da Lei Maria da Penha.[5]

O material empírico consistiu em 64 entrevistas com delegada(o)s de polícia, promotora(e)s de justiça, defensora(e)s pública(o)s, juíza(e)s, entre outro(a)s profissionais considerados relevantes em cada contexto analisado. Os profissionais foram selecionados entre aqueles responsáveis pela aplicação da Lei Maria da Penha nos órgãos especializados, bem como os órgãos de coordenação na Polícia Civil, Ministério Público, Defensoria Pública e Poder Judiciário de cada um dos estados selecionados.[6] As entrevistas foram realizadas a partir de roteiros semiestruturados e quando autorizadas foram registradas em áudio e posteriormente transcritas para análise. Em cada localidade, o estudo resultou em um relatório descritivo-analítico reunindo os resultados das entrevistas, análise da bibliografia pertinente, além de consulta a documentos institucionais que ajudaram a contextualizar a existência e o funcionamento dos diferentes serviços e programas.

O desenvolvimento da pesquisa valeu-se de técnicas de pesquisa qualitativa, sem a pretensão de ser um estudo exaustivo sobre cada localidade. Os resultados permitem oferecer um relato sobre "o estado da arte" da aplicação da Lei Maria da Penha em cada uma das capitais selecionadas no momento em que se realizava a pesquisa de campo.[7] Para dar amplitude a esses resultados, as análises comparativas valem-se dos resultados de outros estudos já realizados no país.[8]

1.1 Sobre acesso à justiça e violência contra as mulheres

Para esta pesquisa, o acesso à justiça entende-se a partir da articulação de três dimensões: uma normativo-formal, com o reconhecimento dos direitos pelo Estado e sua formalização em leis; outra que se refere à existência de mecanismos e estratégias para tornar o acesso à justiça formal em acesso real, com sua efetividade por meio da organização, administração e distribuição da justiça; e a terceira dimensão envolve as condições de cada cidadão e cidadã para se reconhecer como sujeito de direitos e acionar as leis na proteção de seus direitos. Essas dimensões envolvem o compromisso dos Estados com a aprovação de leis que promovam a garantia dos direitos, a revisão ou afastamento daquelas leis e normas vigentes e que ferem ou confrontam os direitos em questão, a criação de mecanismos e condições para que cidadãos e cidadãs possam acionar as leis e exercitar seus direitos e a aplicação efetiva das leis com decisões judiciais justas tanto para a sociedade quanto para os indivíduos, segundo as regras do processo legal, resultando em medidas efetivas e eficazes para a reparação dos direitos violados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988; SOUZA SANTOS, 1996).

Mesmo que todos esses obstáculos possam ser removidos ou seus efeitos minorados, não haverá garantia de que o acesso à justiça será universal e efetivo para todos os que dela necessitem. Aspectos sociais e culturais precisam ser também observados

nesse processo de reconhecimento de direitos e de sua realização, incluindo aspectos educacionais, *status* social, meio social onde a pessoa vive – que valem tanto para a(o)s cidadã(o)s que recorrem ao sistema de justiça para fazer valer seus direitos quanto para os servidores e profissionais do Direito que atuam nesse sistema[9] – acesso à informação sobre direitos, sobre como acionar a justiça e a localização geográfico-espacial dos tribunais. Também aspectos internos ligados ao formalismo dos tribunais, o excesso de trâmites e a linguagem jurídica inacessível para leigos constituem barreiras que contribuem para aumentar não só a distância simbólica entre os tribunais e a sociedade, mas também a desconfiança da população em relação a essas instituições e seus representantes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988; SOUZA SANTOS, 1996).

Tratando da violência contra as mulheres, esses processos tornam-se ainda mais complexos pelos fatores históricos e culturais que consideram a violência assunto privado, naturalizam suas práticas e responsabilizam as mulheres tanto pelas causas da violência quanto pelas consequências de sua denúncia.

Somam-se, ainda, os fatores "internos", subjetivos e que se relacionam ao contexto da violência (doméstico e familiar) e as relações de afeto entre vítimas e agressores, o que faz com que as mulheres carreguem muitas dúvidas e medos junto à decisão de denunciar ou não a violência que sofrem (PASINATO, 2012; JUBB, 2010). Essa é uma especificidade da violência baseada em gênero que frequentemente é posta de lado quando se pensam as políticas públicas para seu enfrentamento. Esse é também um indicador de que essas políticas ainda não incorporam a perspectiva de gênero em sua formulação e se desenvolvem numa lógica tradicional de gênero que contribui para a manutenção dessa "ordem institucional de gênero" (MILOSAVLJEVIC, 2007) que mantém as barreiras entre o público e o privado, identifica e aprisiona as mulheres aos papéis de mães e esposas e converte as diferenças entre homens e mulheres em desigualdades sociais, hierarquizando os atributos do masculino e do feminino numa métrica que sempre desfavorece as mulheres no acesso e exercício de seus direitos.

Nesse sentido, para este estudo, entende-se que a ampliação do acesso à justiça para as mulheres em situação de violência doméstica e familiar depende da criação das estruturas previstas na legislação e na Política Nacional de Enfrentamento à Violência com suas premissas de rede e intersetorialidade, da formação e capacitação dos profissionais e operadores do direito para compreensão das especificidades de gênero, mas depende também que essa estrutura seja modelada a partir da transversalização de gênero nas políticas e organização das instituições involucradas com a construção da cidadania e da igualdade de gênero.

2 A Lei Maria da Penha e o acesso à justiça na percepção dos operadores do direito

A caracterização da Lei Maria da Penha e das novidades que trouxe ao contexto jurídico

nacional já foi realizada em vários trabalhos (PASINATO, 2008; CAMPOS, 2011, entre outros). Entre as mudanças a mais emblemática é o reconhecimento da violência baseada no gênero como violação de direitos humanos (art. 6º). A incorporação dessa definição não é apenas um recurso linguístico de alinhamento com o discurso internacional de proteção de direitos das mulheres, mas representa a adoção de um novo paradigma para orientar as respostas que o Estado deve dar para esse problema social.

Tratar a violência doméstica e familiar contra a mulher como violação de direitos humanos, por um lado, implica o reconhecimento das mulheres como sujeitos, cujos direitos são universais e inalienáveis e devem ser protegidos pela lei e promovidos pelas políticas públicas. Por outro lado, implica ampliar a compreensão desse fenômeno social para além dos limites impostos pelo binômio da criminalização-vitimização (IZUMINO, 2003; SOARES, 2002) sobre o qual se ancorou, até meados da década de 1990, o debate sobre o reconhecimento da violência contra as mulheres como problema social no Brasil (PASINATO, 2008) e cuja lógica estava baseada numa visão restrita de punição e penalização dos agressores (SOARES, 2002).

A superação dessa visão deve-se, em grande parte, à aprovação pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) que aponta a necessária mudança nas relações de gênero que só poderá ser alcançada com o reconhecimento dos direitos das mulheres como um todo e o consequente enfrentamento das desigualdades sociais entre homens e mulheres. Nesse contexto, a incorporação da expressão "violência baseada no gênero", presente no art. 5º, é outro componente importante da Lei Maria da Penha. Seu uso repercute no interior do sistema normativo nacional o reconhecimento de que a violência doméstica e familiar contra a mulher não será mais aceita como componente "natural" e "admissível" das relações entre homens e mulheres.

Na mesma linha e de forma complementar, a substituição da expressão "mulheres vítimas de violência" pela expressão "mulheres em situação de violência" vem reforçar o reconhecimento de que a violência de que trata essa lei é um fenômeno sociocultural que pode ser modificado por meio de políticas para prevenir novos atos, proteger os direitos das mulheres e coibir as práticas de violência nas diferentes formas que passam também a ser classificadas pela Lei Maria da Penha (CAMPOS; CARVALHO, 2011; PASINATO, 2012).

De forma coerente com essa mudança, a lei é inserida num sistema de proteção e promoção dos direitos das mulheres baseado numa política integral de enfrentamento à violência contra as mulheres que contempla também políticas de assistência que contribuam para o fortalecimento das mulheres e a igualdade de gênero.

A legislação também introduziu mudanças na intervenção que deve ser realizada pelas instituições de segurança e justiça, com novas atribuições para a polícia, alterações

na organização judiciária para o funcionamento dos juizados especializados e na esfera de atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público. Grande parte das atribuições previstas na lei não chega a se caracterizar como novidade, pois se referem às atividades de polícia judiciária. Mas a Polícia Civil também passa a ser responsável pelo registro das medidas protetivas de urgência e atender a necessidades urgentes de deslocamento das mulheres principalmente para garantir sua integridade física nos casos em que a residência ainda é compartilhada com o agressor.

Além do domínio técnico para execução das tarefas, essas atividades precisam também levar em consideração as especificidades da violência baseada no gênero. Nesse sentido, a lei também recomenda a capacitação da Polícia Civil e das demais instituições de segurança pública – Polícia Militar, Corpo de Bombeiros e Guarda Municipal – para que estejam sensibilizados e preparados para intervir em casos de violência doméstica e familiar.

Na esfera do Judiciário, a lei recomenda aos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal que criem os Juizados de Violência Doméstica e Familiar para aplicação exclusiva e integral da Lei Maria da Penha. Nesse caso, trata-se não apenas de criar nova seção, mas dotá-la de estrutura necessária para a competência "civil e criminal para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher" (art. 14). Essa estrutura inclui a composição das equipes multidisciplinares que atuem de forma a assessorar os magistrados na tomada de decisões, particularmente aquelas relacionadas com as medidas protetivas.

As medidas previstas na Lei Maria da Penha abordam o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher de forma integral, com intervenções para punir os agentes responsáveis pela violência, proteger os direitos das mulheres e promover seu acesso à assistência e a seus direitos, e a prevenção da violência por meio de campanhas e processos de mudança cultural baseados no rompimento dos padrões de relacionamento entre homens e mulheres em favor da igualdade de gênero. Diante da morosidade judicial e da ausência de respostas no âmbito da justiça criminal, as medidas protetivas de urgência são colocadas no centro das intervenções dos operadores do direito (OBSERVE, 2011). Essas medidas de natureza extrapenal expressam o reconhecimento da condição de vulnerabilidade em que se encontram as mulheres em situação de violência nas relações domésticas e familiares.

Na perspectiva de gênero, a proteção à mulher será ainda mais integral se o mesmo juiz puder construir uma compreensão mais ampla sobre esse complexo contexto das relações domésticas e familiares (OBSERVE, 2010), mas não há consenso sobre a implementação da dupla competência prevista para as varas/juizados e a tendência tem sido fragmentar as medidas criando distinções entre medidas de proteção à integridade física e aquelas de natureza cautelar relacionadas à situação familiar e patrimonial. Analisando essas medidas:

> … as medidas protetivas não são instrumentos para assegurar processos. O fim das medidas protetivas é assegurar direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. E só. Elas não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Elas não visam processos, mas pessoas. (LIMA, 2011, p. 329)

Na aplicação do quarto conjunto de indicadores elaborados para esta pesquisa, o(a)s entrevistado(a)s foram interrogados a respeito de suas percepções sobre as mudanças introduzidas pela Lei Maria da Penha, as formas de sua aplicação, sobre suas compreensões a respeito da violência definida pela lei e sobre as mulheres que atendem cotidianamente. Vale relembrar que o objetivo era compreender como essas percepções contribuem para facilitar ou dificultar o acesso das mulheres à justiça.

Do conjunto de resultados obtidos, para este artigo, foram selecionados três temas tratados nas entrevistas: as medidas protetivas, as diferentes formas de violência definidas pela lei e a representação criminal em casos de lesão corporal. Todos estes temas estão perpassados pela percepção sobre as mulheres atendidas e a situação de violência em que se encontram no momento em que acionam a justiça.

A dimensão comparativa está embutida na forma de apresentação dos resultados. Essa opção se baseia no fato de que não foram encontradas diferenças substantivas na forma como o(a)s entrevistado(a)s nas cinco capitais se comportaram no tratamento dos temas apresentados. Quando relevante, foram incluídas citações ou mencionadas capitais de forma ilustrativa. Mais informações encontram-se no relatório final da pesquisa, conforme mencionado nas notas ao final deste artigo.

2.1 As medidas protetivas de urgência

Os entendimentos acerca das medidas protetivas são um bom exemplo dos desafios colocados para a aplicação integral da lei. Na leitura dos relatórios das cinco capitais é possível apontar um consenso: as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha são reconhecidas como a grande inovação trazida pela legislação. A possibilidade de dar uma resposta mais ágil para as mulheres, proteger sua integridade física e resguardar os direitos de seus filhos e dependentes foi mencionada como prioridade em todas as capitais. Na opinião de uma entrevistada, as medidas protetivas garantem também o direito de a mulher permanecer em sua casa enquanto o agressor é afastado da residência: "A medida protetiva é mais justa com as mulheres porque quem sai de casa é o agressor e não ela" (Delegada de Polícia).

Apesar desse entusiasmo, as DEAMs e os Juizados não possuem bons dados estatísticos sobre essas medidas, de forma que não é possível saber quantas são solicitadas e quantas são deferidas.[10] De acordo com as entrevistas realizadas nas cinco capitais, as medidas aplicadas com mais frequência são aquelas que limitam as formas de contato entre vítimas e agressores: ordem de afastamento da residência comum, proibição

de frequentar os mesmos lugares que a mulher (escola, trabalho etc.) e proibição de contato (telefônico ou mensagens eletrônicas por qualquer meio). A proteção se estende também a dependentes. Com essas medidas, estabelecem-se limites para o agressor e cria-se certa rede de proteção para as mulheres que ficam livres do assédio e da ameaça constantes, que assim podem ter alguma tranquilidade para refletir sobre os encaminhamentos que poderão buscar para sair da situação de violência. Outras medidas que são também aplicadas se referem à separação conjugal, ação de guarda e alimentos. Não há uma forma única de aplicação dessas medidas, mas prevalece o entendimento de que são medidas cautelares apenas.

As medidas são solicitadas principalmente nas delegacias de polícia, mas podem também ser apresentadas por meio da Defensoria Pública. Em sua maior parte, a(o)s entrevistada(o)s afirmam que são deferidas, embora não se tenha números sobre esse movimento. Na polícia, há também preocupação em respeitar os prazos, com o envio dos documentos para o Judiciário dentro das 48 horas previstas pela lei. O cumprimento dos prazos é um dos pontos de discórdia observado nas entrevistas. Enquanto são apontadas falhas como a demora na apreciação e decisão por juíza(e)s, esta(e)s se queixam da precariedade dos relatos e da falta de evidências para embasar suas decisões. Há também demora em notificar as mulheres e seus agressores sobre a decisão judicial e não existem mecanismos para fazer o seguimento das medidas e saber se efetivamente as mulheres estão protegidas.[11]

De todos os problemas que foram apontados, o mais grave é a morosidade judicial e o consequente volume de processos que prescrevem sem decisões, de forma que muitas vezes as medidas protetivas acabam sendo a única decisão judicial que as mulheres conseguem obter:

> … as medidas protetivas são um ganho e "são elas que seguram a Lei Maria da Penha…" dado o contexto de muitas prescrições. Neste sentido, A Vara se transformou em um órgão proferidor de medidas protetivas, não de sentenças. (Defensora Pública)

Como resposta isolada, há um risco identificado de as medidas protetivas perderem seu efeito, ainda que parte das pessoas entrevistadas assegure que as medidas são positivas para as mulheres e efetivamente garantem a proteção que necessitam:

> Em relação às medidas protetivas, a nossa experiência é de que elas funcionam. O que acontece? Primeiro que havendo uma intervenção do Estado, para o homem que acredita que está agindo corretamente, ele tem uma sensação de que aquilo é mais sério, de que alguém está olhando por aquela mulher e por aquela família. […]. (Promotora de Justiça)

Uma das queixas entre juíza(e)s e promotora(e)s é a carência de elementos e a fragilidade de provas para embasar suas decisões na concessão das medidas protetivas, principalmente quando se trata de afastar o agressor da residência comum do casal. A situação de risco em que se encontra a mulher tem se apresentado como um imperativo para a solicitação e a apreciação judicial das medidas protetivas de urgência. Como dito, em geral, esta tem sido feita nas delegacias de polícia, no momento de registro da ocorrência policial. Nessas ocasiões, é comum que a vítima compareça sozinha à delegacia, assim como é frequente também que a violência tenha ocorrido em momentos em que o casal se encontrava sozinho, ou que tenha ocorrido na presença de filhos ou outros familiares que podem preferir não dar seu testemunho – por medo ou pela situação de dependência econômica em que se encontrem, pelos laços afetivos ou ainda pela crença de que em "briga de marido e mulher não se mete a colher".

Em síntese, o que ocorre é que as medidas protetivas devem ser solicitadas a partir da versão apresentada pelas mulheres e a recomendação que se faz é para que sua palavra seja valorizada. Para juíza(e)s acostumados a deliberar com base no contraditório, a ausência da versão do agressor ou de testemunhas pode dificultar a decisão ou mesmo torná-la inviável, resultando em seu indeferimento. Em alguns casos, solicitam o retorno do documento para as delegacias para pedir mais informações; em outros casos, esperam pela intervenção da equipe multidisciplinar e o laudo psicológico que produzirão. Seja qual for a alternativa adotada, consome tempo e faz com que, muitas vezes, o caráter de urgência se perca. No Rio de Janeiro, uma delegada afirmou que um pedido de medidas protetivas pode levar de 4 a 6 meses para ser analisado pelo juiz.[12] Em São Paulo, embora o deferimento seja mais rápido, ele não é feito de forma automática, principalmente quando o(a) juiz(a) encontra dificuldade para analisar a situação e separar a proteção da mulher da proteção da família.

A(o)s entrevistada(o)s também indicaram a existência de falhas e de dificuldades de natureza processual que consideram não estar esclarecidas na lei. Por exemplo, com relação às medidas que se aplicam para a guarda de filhos e ações de alimentos, em algumas localidades encontra-se que são aplicadas como medidas cautelares, necessitando a instauração de uma ação de alimentos em Vara de Família, como ocorre em São Paulo, onde os pedidos de separação conjugal, guarda de filhos e alimentos são deferidos com validade de 30 dias. Após essa data, a mulher que tiver interesse em dar continuidade à ação deverá ingressá-la na Vara de Família.

Em Porto Alegre, as medidas são aplicadas com prazo de 6 meses, mas não foi possível saber se esse prazo se aplica a todas as medidas protetivas. Na Bahia, ao contrário, não se estabelece prazo para as medidas protetivas, inclusive para aquelas que determinam o afastamento do agressor do lar e a proibição de contato e, de acordo com um defensor público, existem medidas protetivas que estão em vigor há 2 anos sem que tenha havido decisão no processo criminal:

> Às vezes eu acho que se cria uma anomalia em que as medidas protetivas ficam às vezes vigorando por um longo período de tempo sem ter uma ação principal [...] hoje na Bahia já tem um provimento dizendo que as questões de direito de família só serão decididas pelo juiz da Vara de violência doméstica se houver acordo entre as partes, senão houver acordo fica restrita à ação penal. É aí que entra, na minha ótica, a questão da falta de efetividade, porque aqui fica muito tempo as medidas protetivas sendo válidas e não se decide direito material. E o direito material no caso é a prática de algum crime contra a mulher. [...] e para que isso fosse efetivado teria que ter a resposta do Estado [...] a medida protetiva fica muitas vezes regulando essa relação litigiosa que o direito material na verdade é o direito penal... muitas vezes há medidas de afastamento sendo que nem se analisou se aquela situação é crime ou não. Então eu acho que fica muito no limbo essa situação. (Defensor Público)

Outro problema colocado com relação a essas medidas foi a intimação tanto das vítimas quanto dos agressores. Nesse cenário, uma juíza observa:

> ... como magistrada [para mim] esse é um dos maiores pontos nevrálgicos de aplicação da lei, a intimação tem que ser rápida, a vítima tem que ser intimada rapidamente, o agressor também. Tenho vítima que está com a medida deferida já tem mais de dois meses, e se ele procurar ela eu posso configurar descumprimento de medida protetiva? Não, porque ele não estava cientificado. Como eu posso dizer que ele descumpriu algo se ele não foi cientificado? (Juíza de Direito)

Essa dificuldade de notificar vítimas e seus agressores tem sido traduzida como um "desaparecimento intencional" das mulheres, e tem levado a questionamentos sobre quem são as mulheres em situação de violência doméstica e familiar e seu reconhecimento como sujeito de direitos. Em Porto Alegre, Rio de Janeiro e São Paulo, uma opinião comum entre as policiais é que as medidas protetivas estão sendo banalizadas e que as mulheres usam e abusam dessas medidas que deveriam ser empregadas "apenas para aquelas que precisam".

Situações em que as mulheres chegam à delegacia requerendo o afastamento do agressor da casa ou afirmam querer a separação conjugal são percebidas pelas delegadas de polícia como uma forma de obter a separação rapidamente e sem passar pelas varas de família. Para isso, segundo as policiais, as mulheres mentiriam, inventariam histórias de ameaças para as quais não possuem provas. Expressões como "disque-separação" e "separação *express*", empregadas pelas policiais para se referir ao comportamento das mulheres, revelam o descrédito que essas profissionais atribuem a essas

solicitações. Há também muita desconfiança em relação a outros setores, principalmente a Defensoria e advogados. Para as policiais, as mulheres estariam sendo orientadas pelos defensores a procurar a delegacia para registrar a queixa e pedir a medida protetiva, pois assim conseguiriam a separação mais rapidamente:

> Então, por exemplo, o casal vive em conflito e a mulher quer separar, tem baixo poder aquisitivo não tem condição de constituir um advogado. Vai para a Defensoria Pública. Lá o que ela quer? Ela quer que o marido saia da casa. [Perguntam] "ele ameaça? "ah, ele ameaça, ele diz que vai me matar...", mas não é uma coisa que realmente coloca em risco. Então o que faz, se pede as tais medidas protetivas para que ele saia da casa...há uma banalização das medidas protetivas. (Delegada de Polícia)

Em síntese, embora reconhecidas como avanços, na prática, as medidas protetivas geram muitas críticas e insatisfações entre os profissionais e criam uma dinâmica de responsabilização entre todos: nas delegacias, se queixam do encaminhamento realizado pelas defensorias, nas defensorias acusam as policiais de fazer "corpo mole" e não providenciar a solicitação das medidas protetivas. Nas promotorias, observam que as mulheres chegam desinformadas e nos juizados, juízes e juízas queixam-se que recebem pouca informação nas peças policiais. Essas situações foram observadas em praticamente todas as capitais incluídas neste estudo e "evidenciam a falta de articulação entre os serviços e as dificuldades que ao final recaem sobre as mulheres que buscam esses serviços" (Relatório do Rio de Janeiro).

2.2 A violência doméstica e familiar e os tipos de violência abrangidos pela lei

A percepção dos operadores do direito também mostra o que entendem por violência doméstica e familiar. A Lei Maria da Penha define cinco tipos de violência: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Essas definições são um avanço do ponto de vista conceitual e da tentativa de sensibilizar os operadores do direito para o contexto em que a violência baseada no gênero ocorre. Ainda que nem todas as formas de violência ocorram sempre na mesma ação, também não é possível dizer que existe uma hierarquia entre elas. Uma mulher pode ser humilhada por anos a fio, ou viver sob intenso controle de sua vida e sofrer severos danos à sua autoestima e saúde mental, sem que seu agressor nunca cometa um único gesto de violência física.

No entanto, situações de violência física e sexual na maior parte das vezes envolvem ofensas morais e também ameaças e humilhações. Portanto, mais do que tentar enquadrar cada gesto ou ação num tipo penal específico, o operador deveria compreender as categorias de violência em conjunto e como caracterizam o exercício desigual de poder que é definidor da violência baseada no gênero.

As narrativas apresentadas pelas mulheres sobre a violência que sofreram apenas

são reconhecidas a partir de sua classificação segundo os tipos penais e essa nem sempre é fácil, de forma que a demanda das mulheres fica muitas vezes sem efeito quando levada à polícia. A violência é mais facilmente reconhecida quando deixa marcas, ou seja, quando ocorrem as lesões corporais e também a violência sexual (PASINATO, 2012).

Quando questionados sobre essas categorias, as respostas dos operadores jurídicos mostram que, por exemplo, o entendimento da violência psicológica é feito de forma superficial, limitada aos tipos penais de ameaça, constrangimento ilegal e injúria, mas o registro dessa violência que não deixa "marcas visíveis" é dificultado pela falta de provas (PASINATO, 2012).

O reconhecimento da violência contra as mulheres como crime ainda é um obstáculo enfrentado por muitas mulheres que procuram as delegacias de polícia em todo o País. Embora a afirmativa pareça deslocada no tempo e no espaço, depois de 30 anos de denúncias e de campanhas para que essa violência seja objeto de criminalização e de políticas públicas, para muitos profissionais, sobretudo policiais, a violência doméstica e familiar continua a ser percebida como problema de natureza social, cuja solução não deveria ser encaminhada por meio da intervenção policial ou do sistema de justiça criminal.

2.3 Lesões corporais e a representação criminal

As percepções sobre os tipos de violência tratados pela Lei Maria da Penha e denunciados pelas mulheres conectam-se com o tema da representação criminal nos casos de lesões corporais. A representação criminal foi tema de divergência entre os aplicadores da Lei Maria da Penha levado a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em fevereiro de 2012, na mesma decisão que afirmou a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e renovou a proibição da aplicação dos dispositivos da Lei n. 9.099/95 aos casos de violência doméstica e familiar, o STF decidiu que o crime de lesão corporal deverá ser tratado como ação pública incondicionada.

Nas entrevistas realizadas em fins de 2012 e início de 2013, encontrou-se que, apesar da decisão, o tema não se encontrava pacificado entre os operadores do direito, gerando opiniões divergentes sobre sua aplicação e sua finalidade.

Das cinco capitais analisadas nesta pesquisa, apenas em Porto Alegre a decisão ainda não vinha sendo aplicada no final de 2012, período em que a pesquisa foi realizada. Segundo um dos entrevistados, a decisão ainda não havia sido publicada e, por isso, ainda não era exigida sua aplicação. Nas outras quatro capitais, os entendimentos seguiam a decisão do STF, mas em nenhuma delas a decisão foi acolhida como consenso entre os profissionais entrevistados, cujos posicionamentos foram classificados em dois grupos. Para aqueles que concordam com a decisão, tornar a ação pública incondicionada significou retirar dos "ombros" da mulher a responsabilidade de escolher entre seguir ou não com uma ação judicial contra seus parceiros. O entendimento comum é que muitas mulheres nessa condição sofrem pressões por parte dos próprios

agressores e de familiares para que desistam da queixa. Algumas sofrem ameaças, ficam expostas a novas agressões e não raro acabam voltando a viver na situação de violência sem perspectiva para sua solução. Como ação pública incondicionada, a partir do registro da ocorrência policial nos casos de lesão corporal, o inquérito policial é imediatamente instaurado e as manifestações da vítima quanto a querer ou não dar seguimento a essa ação não devem interromper o curso "natural" do inquérito policial e correspondente processo judicial até que se obtenha um desfecho judicial, seja ele de culpa ou inocência. Para os defensores dessa decisão do STF, não é apenas o caso individual que passa para a responsabilidade do Estado, mas é, também, uma forma de mostrar que a violência doméstica e familiar é um problema social e sua resolução é interesse da sociedade. Independentemente do rumo tomado pelas pessoas e por seu relacionamento – se reconciliação ou separação –, a violência praticada será processada e julgada para responsabilizar o agressor pelos atos que cometeu e para inibir novos comportamentos violentos.

Já entre aqueles que discordam da decisão do STF encontram-se opiniões que pautam por uma perspectiva de gênero e aqueles que se pautam pela visão mais tradicional do funcionamento das instituições. No primeiro grupo, estariam argumentos pela construção da autonomia da vítima e a valorização de sua vontade que deve ser ouvida e fortalecida a partir do acesso à informação e a direitos:

> Eu não gosto muito de tutelar os interesses da mulher, porque eu não acho a mulher incapaz de decidir. O que ela precisa ter é conhecimento das consequências pra ela saber se ela decide de uma forma ou se decide de outra, se ela quer seguir ou se ela não quer seguir... então eu não acho que cabe ao Estado...porque nós não estamos lidando com pessoas débeis, nós estamos lidando com pessoas que tem capacidade de responder diante do conhecimento que ela tenha das consequências de sua decisão. [...] nós dos serviços é que precisamos preparar essa mulher...a solução não tem que ser dada pelo jurídico. (Defensora Pública)

Essa opinião é compartilhada de maneira mais ou menos enfática por policiais, defensoras e alguns juízes para os quais a prática mostra que muitas mulheres "desistem" da ação judicial, dificultando o trabalho e a conclusão dos processos.

Essa desistência alimenta as opiniões do segundo grupo de opositores da decisão do STF, que se preocupam com o volume de trabalho que é gerado para os serviços e profissionais sem que possam ver seu resultado. Para muitos dessas(es) profissionais, o atendimento ainda se pauta por uma visão preconceituosa e discriminatória contra as mulheres que são descritas como as principais responsáveis pela demora na conclusão dos inquéritos policiais e na deficiência das provas que são produzidas. Nas entrevistas, além de afirmações de que as mulheres "mentem", "inventam histórias", foram também

mencionadas as situações em que elas "somem", "escondem os agressores" e não respondem às intimações policiais e judiciais, não realizam os laudos médicos e não colaboram com a identificação de testemunhas.

Ainda que seja possível aferir a veracidade dessas situações no dia a dia de delegacias e fóruns, e elas possam também ser verificadas na leitura de inquéritos policiais e processos judiciais quando são registradas as várias tentativas realizadas por investigadores e oficiais de justiça para a localização das partes, é bem verdade também que são situações que não podem ser generalizadas a partir do pressuposto de que todas as mulheres desejam desistir da intervenção judicial, assim como não se pode reduzir esse comportamento a um simples "querer", entendido como uma vontade racionalmente orientada das mulheres que agem de forma calculada no acionamento e abandono da via judicial para a resolução da situação de violência na qual se encontram.

Esse querer ou vontade que é identificado pelos operadores do direito é reflexo, na realidade, de um conjunto de sentimentos – como medo, dúvida, insegurança – e circunstâncias – pressão de familiares e do próprio agressor, a dependência emocional, econômica –, além de outros fatores sociais, como a própria dificuldade que algumas mulheres enfrentam em ficar sozinhas em comunidades onde há muita violência no entorno (JUBB, 2010; PASINATO, 2012).

Suspeitar da ocorrência da violência e desrespeitar a mulher que tenta reivindicar seus direitos significa mover a mulher do lugar de sujeito de direitos que ela deve ocupar, fortalecida e capaz de tomar decisões. A pouca informação que conseguem captar e que incorporam às narrativas que apresentam nos serviços policiais não é reconhecida como parte de seu processo de empoderamento, mas como usurpação de um discurso (de um lugar e de um direito) que não é reconhecido como seu.

Ao analisar as percepções que foram compartilhadas por alguns profissionais de todas as capitais, observa-se que são poucas mudanças na compreensão do que é a violência baseada no gênero e que essas mudanças são individuais e resultado da busca particular de alguns(mas) profissionais diretamente envolvidos com a aplicação da lei e que foram sensibilizado(a)s para o tema. Encontra-se também que essa atuação sensível ocorre num ambiente de resistência, de instituições que não se prepararam para cumprir com seus novos mandatos e nas quais o machismo institucionalizado bloqueia o avanço e a incorporação de políticas de gênero que contribuam para a promoção dos direitos das mulheres e a igualdade de gênero.

Como resultado, a culpa recai sobre as mulheres que são acusadas de fazer um uso inadequado da lei, não sabem o que querem e agem com o intuito de prejudicar seus agressores. A afirmação de que as mulheres "mentem" é reveladora do tipo de atendimento que elas estão recebendo. Se a versão que apresentam é colocada em dúvida desde seu primeiro contato com a instituição, é difícil acreditar que o atendimento será "digno, respeitoso, acolhedor e humanizado", como se encontra preconizado na

Norma Técnica das DEAMs (SPM, 2010) e nos manuais de atendimento a mulheres em situação de violência (UNODC, 2011).

Deslocar o foco para o comportamento das mulheres contribui para desviar a atenção daquele que é o principal problema a ser enfrentado para assegurar o acesso das mulheres à justiça: como modernizar o sistema de justiça para que ele possa dar respostas efetivas para as mulheres, reformulando seus procedimentos, criando novas dinâmicas para os fluxos de documentos e pessoas entre as diferentes instituições que o formam, promovendo a articulação entre o sistema de justiça-segurança e os demais serviços que devem compor a rede de atendimento intersetorial e multidisciplinar?

Considerações finais

A pesquisa "Violência contra a mulher e acesso à justiça" teve como objetivo conhecer as condições de aplicação da Lei Maria da Penha e os obstáculos para a universalização do acesso à justiça para as mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Embora as cinco capitais representem realidades diversificadas, observou-se que as dificuldades são bastante comuns e resultam sobretudo da falta de investimento público para a criação das estruturas necessárias e a formação de recursos humanos suficientes e adequadamente capacitados para o atendimento da violência baseada no gênero. A qualificação dos profissionais é condição para o bom atendimento que irão oferecer e também um dos critérios para definir a especialização dos serviços. Não se trata apenas de ter bom domínio sobre os procedimentos administrativos, ou das técnicas de atendimento ao público, mas conhecer e compreender as especificidades da violência baseada em gênero. Compreender essas características permite ajudar as mulheres a superar os obstáculos que precisam enfrentar. A falta de especialização dos profissionais é um obstáculo ao acesso das mulheres à justiça e pode ocorrer e se repetir em diferentes momentos do atendimento – desde o primeiro balcão, onde a mulher solicita informações, até decisão judicial.

A falta de protocolos para o atendimento e os encaminhamentos são também obstáculos que foram identificados nesta pesquisa e confirmam os resultados de estudos anteriores. Sem protocolos, os atendimentos não são orientados por regras institucionais que devem ser aplicadas por todos os profissionais de acordo com as situações que se apresentem. Na prática, esses atendimentos e encaminhamentos ocorrem de acordo com o "perfil" do profissional (da delegada titular, do juiz etc., e de cada um dos membros de suas equipes), fazendo com que o acesso das mulheres aos seus direitos seja condicionado por uma maior ou menor sensibilidade do profissional e conhecimento sobre a gravidade do problema da violência baseada em gênero.

NOTAS

***** Este artigo é uma versão sintetizada do relatório final da pesquisa Violência Contra a Mulher e Acesso à Justiça. Estudo comparativo sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em cinco capitais, desenvolvido pela CEPIA entre outubro de 2012 e março de 2013, com apoio financeiro da Fundação Ford. A equipe de pesquisa foi composta por: Terezinha Vergo, Domitila Andrade, Fernando de Barros Jr., Rosana Heringer, Mariana Barsted, Telma Rosenail, Natália Silveira e Wânia Pasinato. O uso do material foi autorizado por Leila Linhares Barsted e Jacqueline Pitanguy, Diretoras Executivas da CEPIA, a quem agradeço a autorização. O relatório final encontra-se disponível em: <www.compromissoeatitude.com.br>. Acesso em 25 jul. 2015.

1 Para exemplos, ver: <http://www.spm.gov.br/assuntos/estatisticas-de-genero>. Acesso em 30 jun. 2015.

2 Mais informações sobre o estudo encontram-se no relatório final da pesquisa disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/11/Pesquisa-Violencia-Contra-a-Mulher-e-Acesso-a-Justica_SumarioExecutivo.pdf>. Acesso em 25 jul. 2015.

3 "O ponto de partida para elaboração dos indicadores foi a leitura e análise da Lei Maria da Penha em sua versão comentada (CAMPOS, 2011), para identificação de suas principais medidas e seus aspectos mais polêmicos. Foram também revisados relatórios que avaliam o cumprimento dos acordos internacionais pelos governos, em especial os documentos produzidos para o monitoramento da Convenção de Belém do Pará (OEA – MESECVI 2008 e 2012; CIDH, 2007) e outros que abordam o acesso à justiça para mulheres (UNWomen, 2011) e a metodologia de monitoramento de leis para enfrentamento da violência contra as mulheres (OPAS, 2004)" (CEPIA, 2013, p. 21). Os indicadores foram organizados em quatro grupos: o primeiro sobre a institucionalidade dos órgãos encarregados da aplicação da LMP, sendo considerados: a existência de órgão de gestão/coordenação das políticas de gênero e aplicação da LMP na Polícia Civil, no Ministério Público, na Defensoria Pública e Tribunal de Justiça; a institucionalidade e a transversalidade gênero nas políticas institucionais, a articulação institucional, participação política, intersetorialidade e articulação na rede; o segundo tratou da existência de serviços especializados com indicadores sobre: a existência de serviços/instâncias especializadas nos setores de segurança e justiça para aplicação da Lei Maria da Penha, incluindo as equipes multidisciplinares e os serviços de responsabilização do agressor, a adequação normativa, de infraestrutura e de procedimentos dos serviços às atribuições previstas na LMP, a formação e especialização dos profissionais envolvidos no atendimento, na aplicação da lei e na gestão dos serviços considerando; o terceiro grupo tratou da aplicabilidade da Lei Maria da Penha segundo a estrutura dos serviços e sua forma de organização administrativa, política e burocrática; e o quarto grupo tratou da aplicabilidade da lei segundo a percepção dos operadores do direito sobre a violência contra a mulher, os dispositivos legais e sobre a adequação das respostas institucionais e suas percepções sobre a violência contra a mulher, as respostas intersetoriais, a rede de atendimento, as políticas e serviços para aplicação das medidas de assistência previstas na LMP (art. 9º). Detalhes encontram-se disponíveis no relatório final.

4 Segundo as orientações da SPM, essa rede é composta de delegacia especializada de atendimento à mulher (DEAMs), juizado/vara de violência doméstica e familiar, promotorias e defensorias especializadas, centros de referência, casas abrigo e serviços de saúde. Também contam com organismos de políticas para mulheres (secretarias, coordenadorias etc.) e conselhos dos direitos da mulher.

5 Essas experiências consistem em programas, produção de materiais didáticos, protocolos e sistemas de informações que contribuem para a melhor aplicação da legislação. O uso da expressão "práticas promissoras" para designar essas experiências, aplica-se para aqueles exemplos considerados adequados ao objetivo de ampliar e garantir o acesso à justiça e a direitos para as mulheres em situação de violência doméstica e familiar (PASINATO, 2011, p. 123).

6 Detalhes sobre o perfil dos profissionais entrevistados são omitidos neste artigo pela limitação de espaço e estão disponíveis no relatório final da pesquisa, cujo acesso encontra-se disponível na nota introdutória deste artigo.

7 A dificuldade na realização dos estudos de caso é a rapidez com que os cenários se modificam pela edição de novas normas institucionais ou pela rotatividade de profissionais que coordenam os serviços. Não é incomum que experiências aparentemente promissoras se desarticulem nessas mudanças. Sempre que possível, procura-se registrar essas mudanças nos cenários observados.

8 Os principais estudos utilizados como referência foram OBSERVE, 2010 e 2011; PASINATO, 2012. Entre outros que são mencionados ao longo do relatório.

9 Estudos já mostraram o peso dos condicionantes culturais dos agentes públicos e que devem ser considerados quando a vítima é mulher. A esse respeito ver HERMANN; BARSTED, 1995.

10 Em 2014, a CEPIA realizou pesquisa comparativa em três capitais sobre a aplicação das medidas protetivas. O estudo "Medidas protetivas às mulheres em situação de violência" foi realizado com financiamento da SENASP/PNUD no âmbito da 3ª edição do Pensando a Segurança Pública (relatório não publicado).

11 Entre as cinco capitais no momento dos estudos de caso, a única iniciativa para esse acompanhamento foi encontrada em Porto Alegre, onde funciona a Patrulha da Lei Maria da Penha, um projeto da Brigada Militar. Em 2014, um projeto semelhante foi implementado em São Paulo, resultado da parceria entre a Guarda Municipal e o Ministério Público. Em 2015, Salvador também ganhou um serviço dessa natureza.

12 No final de 2013, um projeto criado pela juíza o I Juizado de Violência Doméstica e Familiar da capital promoveu celeridade nesse encaminhamento, possibilitando que as mulheres em situação de risco recebam as medidas protetivas no mesmo dia de sua solicitação. Trata-se do Projeto Violeta, premiado em 2014 no Prêmio Innovare. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-violeta-20140527232412433005/>. Acesso em 9 nov. 2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTIGO 19. *Violência contra a mulher no Brasil*. Acesso à informação e políticas públicas. 2015. São Paulo: Artigo 19, 2015.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha. Uma experiência bem sucedida de *Advocacy*. In: CAMPOS, C. (org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. O progresso das mulheres no enfrentamento da violência. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (orgs.) *O progresso das mulheres no Brasil 2003-2010*. Rio de Janeiro: CEPIA/UNWomen, 2011.

_____. Violência contra a mulher e cidadania: uma avaliação das políticas públicas. Rio de Janeiro: CEPIA. *Cadernos CEPIA*, ano 1, n. 1, 1994.

_____; PITANGUY, Jacqueline (orgs.) *O progresso das mulheres no Brasil 2003-2010*. Rio de Janeiro: CEPIA/UNWomen, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen H. de (org.). *Lei Maria da Penha sob a perspectiva feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____ (org.). *Lei Maria da Penha sob a perspectiva feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988.

DATASENADO. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Brasília: Senado Federal/Secretaria de Transparência, mar. 2013.

HERMANN, Jacqueline; BARSTED, Leila Linhares. *O Judiciário e a violência contra a mulher – A ordem legal e a (des)ordem familiar*. Rio de Janeiro: CEPIA, 1995.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça para todos*: Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero. Tese de Doutorado. Depto. Sociologia/FFLCH. Universidade de São Paulo, 2003.

JUBB, Nadine et al. *Delegacias da mulher na América Latina*. Uma porta para deter a violência e ter acesso à Justiça. Quito: Ceplaes/Trama, 2010.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Dos procedimentos – artigos 13 a 17. In: CAMPOS, C. (org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Maria Vieira Martins. A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil (versão preliminar). *Nota Técnica* n. 13. Brasília: IPEA, 2015.

MILOSAVLJEVIC, Vivian. Estadísticas para la equidad de género: Magnitudes y tendencias en América Latina. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), 2007.
NORMA TÉCNICA de Padronização das delegacias especializadas de atendimento às mulheres – DEAMs. Brasília: SPM/SENASP/UNODC, 2010.
OBSERVE. Condições para aplicação da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) e nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas capitais e no Distrito Federal. Salvador: Observe/Observatório da Lei Maria da Penha, 2010.
_____. Identificando entraves na articulação dos serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar em cinco capitais. Projeto Observe/UNIFEM. Salvador: Observe/Observatório da Lei Maria da Penha, 2011.
PANDJIARJIAN, Valéria. Balanço de 25 anos da legislação sobre a violência contra as mulheres no Brasil. In: DINIZ, Simone G; SILVEIRA, Lenira P.; LIZ, Mirian A. (org.). *Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher (1980-2005). Alcances e limites*. São Paulo: Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, 2006.
PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência contra a mulher em Belo Horizonte. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2012.
_____. Avanços e obstáculos na implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. (org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
_____. Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 70, São Paulo: IBCCRIM. jan.-fev. 2008.
RODRIGUES, Almira; CORTES, Iáris (org.). *Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-constituinte*. Brasília: Letras Livres, 2006.
SOARES, Barbara Musumeci. A antropologia no executivo: limites e perspectivas. In: CORRÊA, Mariza (org.). *Gênero & cidadania*. Campinas: PAGU/Núcleo de Estudos de Gênero/UNICAMP, 2002.
SOUZA SANTOS, Boaventura de et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*: o caso português. Porto: Afrontamento, 1996.
SPM. Rede de enfrentamento à violência contra as mulheres. Brasília: Secretaria de Enfrentamento à Violência/SPM, 2010.
UNODC. *Respostas para a violência baseada em gênero no Cone Sul*: avanços, desafios e experiências regionais. Relatório Regional. DF: UNODC/UNIFEM, 2011.
UNWomen. *El progreso de las mujeres en el mundo*. 2011-2012. En busca de la Justicia. New York: UNWomen, 2011.

Wânia Pasinato

Rio de Janeiro – RJ – Brasil
waniapasinato@gmail.com

Socióloga.
Mestre e doutora em Sociologia (USP).
Pós-doutora no Núcleo de Estudos de Gênero – PAGU (UNICAMP).
Consultora da CEPIA – Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (RJ) e da ONU Mulheres, onde coordena as ações de enfrentamento às mortes violentas de mulheres por razões de gênero (feminicídios).

RECEIVED 07.08.2015 | APPROVED 04.11.2015

CLAIMING AND DEFENDING ABORTION RIGHTS IN SOUTH AFRICA

Cathi Albertyn

REIVINDICANDO E DEFENDENDO O DIREITO AO ABORTO NA ÁFRICA DO SUL

ABSTRACT

The South African transition to democracy enabled successful claims for gender equality and reproductive rights in the Constitution and in law. This article explores that transition with a focus on the enactment of a progressive abortion law; the feminist, rights and public health narratives that justified it; and the manner in which it transformed constitutional and legal norms about women and reproductive choice, despite a broadly conservative society. Then, it discusses twenty years of the Act in practice, highlighting its uneven implementation in the face of significant normative resistance and changing narratives. It also describes the ebb and flow of rights protection in changing social and political conditions, and demonstrates the importance of constitutional and legal guarantees to abortion as a bulwark against their erosion. At the same time, it illustrates the importance of political will, feminist narratives and civil society activism in maintaining effective access to safe, legal abortion for poor, black, working class and rural women.

PALAVRAS-CHAVE

Abortion; equality; reproductive justice; choice; rights.

RESUMO

A transição sul-africana para a democracia permitiu reivindicações de sucesso para a igualdade de gênero e direitos reprodutivos na Constituição e na lei. Este artigo explora essa transição com o enfoque sobre a promulgação de lei progressiva sobre aborto; o feminismo, direitos e as narrativas de saúde pública que a justificaram; e a maneira com a qual transformou normas constitucionais e legais sobre as mulheres e a escolha reprodutiva, apesar da sociedade amplamente conservadora em que foi construída. Em seguida, discute-se a vigência de vinte anos da Lei, com destaque para a sua implementação desigual em face da significativa resistência normativa e de narrativas mutáveis. Descreve-se também o fluxo e refluxo da proteção dos direitos na mudança de condições sociais e políticas e demonstra-se a importância das garantias constitucionais e legais para o aborto como um baluarte contra a sua erosão. Ao mesmo tempo, observa-se a importância da vontade política, das narrativas feministas e do ativismo da sociedade civil na manutenção de um acesso efetivo ao aborto seguro e legal para as mulheres pobres, pretas e das classes trabalhadora e rural.

PALAVRAS-CHAVE

Aborto; igualdade; justiça reprodutiva; escolha; direitos.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201519

Introduction

In the early 1990s, the South African transition to democracy created space for women to make successful claims for equality and reproductive choice in the new constitution and in the law. South Africa was not alone in recognising reproductive rights, as many constitutions of the 'third wave' of democratisation in Africa and South America paid particular attention to women's rights. In countries such as Colombia, Uruguay and South Africa, this provided a conceptual framework for differing levels of abortion law reform in parliaments, courts and practice. However, South Africa arguably stands out for the robust nature of its formal rights framework and has been globally praised for the substantive protection given to reproductive rights in its 1996 Constitution, and its Choice on Termination of Pregnancy Act, 92 of 1995, (CTOPA). This transformed the legal framework for abortion from limited access, defined by race and class and policed by medical necessity and the criminal law, to a rights-based framework that effectively enables abortion on request up to 20 weeks of pregnancy.

In this article, I argue that the rights framework established in the early 1990s was driven by both feminist and public health concerns, and had significant transformative potential in shifting public norms of women, reproductive choice and gender equality; as well as establishing an enabling framework for implementation of the CTOPA; and finally providing safe legal abortions for a growing number of women. Disappointingly, in recent years, these advances have been pushed back in the face of a declining health-system, pervasive stigma and normative resistance, a less visible non-governmental sector and unclear political will. It is little surprise to learn that poor, black women have bore the brunt of this, once more putting their lives and health at risk in unsafe backstreet abortions.

On the first part of this article, to contextualise these developments, I describe the meaning of abortion under apartheid and the dominance of pro-life, medical necessity and conservative moral narratives, before turning to the achievements triggered by the transition to democracy in the early 1990s. I identify these conditions that enabled the substantive constitutional and legal changes of this period and the multiple narratives that surrounded them. As a result, I suggest that the feminist narratives on abortion capture an incipient and transformative rights framework of reproductive justice that is a significant gain, despite the ebb and flow of actual protection. This idea of reproductive justice lies in a mutually reinforcing and substantive relationship between freedom and equality, which requires careful attention to the social, economic, legal and political conditions that limit or enable reproductive choice, especially for the most vulnerable and marginalised women.

On the second part, after discussing the enactment of the CTOPA, I turn to the nature and scope of progress under the CTOPA over the past twenty years. At this point, I consider the important advances in access to safe terminations for women,

as well as the growing problems of implementation that limit access to safe legal abortions and influence women's resort to illegal backstreet abortions. Alongside this, I investigate how the CTOPA and its underlying narratives have been limited, challenged and defended in court, parliament and society, including how new pro-life narratives have emerged to counter feminist arguments. Turning to the present-day, I identify deepening problems of implementation and the emergence of contested political will within the state. On the third part, I briefly speculate as to whether the conditions might be present for the consolidation of the idea of reproductive justice within a context of 'radical socio-economic transformation' and how this might provide new impetus for civil society advocacy, also with the state's ability and willingness to provide an universal access to reproductive health-care, including abortion. Finally, my conclusion brings an emphasis to the key South African lessons of claiming and defending abortion rights.

1 Competing narratives and changing contexts of abortion: from patriarchy to reproductive rights

Reproductive decision-making and abortion have been subject to different forms of legal and normative regulation in South African history, for example, the inherited colonial common law, the Abortion and Sterilisation Act, 2 of 1975, enacted by the Apartheid government, and the CTOPA under democracy. Either one or the other has taken place in different socio-political conditions, has been driven by different interest groups and has been shaped by changing ideas of gender, women and the regulation of reproductive choice. In America's context, Greenhouse and Siegel have argued that the meaning of abortion shifts continuously, as it is incessantly justified and contested by different and changing frames or narratives (2012, p. 268). The authors identify, inter alia, medical necessity and public health arguments, feminist arguments relating to sexual freedom, equality, and pro-life arguments. Similarly in South Africa, different laws have been introduced and challenged by a variety of conflicting and complementary narratives. This section describes the difference between contexts and meanings of abortion that surrounded the passage of both the 1975 Abortion and Sterilisation Act and the CTOPA, and explores the conditions under which feminist public health and rights-based arguments were able to secure a progressive abortion law.

1.1 Abortion under Apartheid

From colonial times, abortion had been permitted to save the life of the mother, although there was some uncertainty about its exact status in the common law (NGWENA, 1998; NGWENA, 2004, p. 712). Driven by government's concern with the spread of 'permissiveness' in white society and a desire to regulate the sexuality

of young white women (KLAUSEN, 2010), health professionals who faced criminal prosecution for acting outside the unclear boundaries of the common law, the 1975 Abortion and Sterilisation Act clarified and extended the law by legalising a limited range of therapeutic abortions under the control of these professionals. Section 3 of that Act permitted abortion, where it was medically indicated for a woman (the presence of physiological or mental health indicators adjudicated by medical practitioners) or fetus (a serious risk of physical or mental defect), or in circumstances of non-consensual sex, called rape or incest.[1] However, abortions were made subject to stringent medical and legal procedures. Thus, in terms of sections 3 and 6, any abortion required the approval of two independent physicians, one of whom should be a state registered psychiatrist physician, if the abortion was sought on mental health grounds. Abortion on the grounds of incest or rape could only be granted with a certificate from a local magistrate.

The dominant narratives of the time combined moral censure with medical necessity. Indeed, the government emphatically opposed abortion on demand, illegitimate births and extra-marital pregnancies. It asked that the law should register respect for the unborn child, recognise South Africa's Christian views and strict moral norms, and ensure drastic action against women, who sought abortions outside of the law (HANSARD, 18 February 1973, col. 1448). For the medical professionals who drove the legal reform, abortion was justified not as a woman's right but as a medical necessity. The dominant public discourses appeared to be 'pro-life', sustained by notions of 'murdering unborn children' and promiscuous women who resorted to abortion as a form of contraception. At a time, when feminists in many countries were calling for the liberalisation of abortion laws (SIEGEL, 2014), liberal and feminist voices asserting women's right were deciding whether women wanted to have a child, or not, although decisions were rare at the time (ALBERTYN, 1999, p. 5; COPE, 1993, p. 16; KLAUSEN, 2010, p. 52, 54). In fact, arguments by women's groups were more likely to focus on public health than choice (COPE, 1993).

The law reflected these narratives. Abortion was only available in the absence of choice, either in the sex that preceded pregnancy (rape or incest) or in the health consequences of that pregnancy (serious enough to threaten the life of the mother). Those women were seen as 'morally blameless'. A woman who 'chose' to fall pregnant by having sex outside of marriage, were not eligible for abortions and should 'live with the consequences'. Overall, women were seen with lack of moral authority to act autonomously in their own sexual lives, were left alone to make a decision on abortion, which was decided by male law-makers and medical practitioners. Abortion was limited and regulated with due regard to the interests of doctors, foetuses and conservative morals. Women – and their choices – were incidental to the process (ALBERTYN, 1999, p. 6-7; KLAUSEN, 2010). Black women's choices were even more irrelevant as members of the ruling party, turning it clear that offering abortion

to 'promiscuous' black women would be an unnecessary drain on state resources (KLAUSEN, 2010, p. 27).

Although, countries such as the United Kingdom, were able to expand access significantly with a similar legal approach based on therapeutic abortion, the restrictive grounds and onerous procedural requirements in South Africa's law placed control firmly in the hands of designated members of the medical staff and the public hospital bureaucracy. The access was limited to women able to secure the support of relevant medical practitioners and negotiate the lengthy, humiliating and costly procedures (BRADFORD, 1991, p. 17-19; COPE, 1993, chs. 11-13; HANSON AND RUSSELL, 1993). Most women terminated their pregnancy on grounds of mental health and about 90% of abortions took place in two main urban centres and almost half in private clinics (REPRODUCTIVE RIGHTS ALLIANCE, 1996, p. 5). White, middle-class women most likely to access legal abortions, whereas the majority of women were not, especially those who were poor, black, living outside of major urban areas and often young (RRA 1996, p. 5; NGWENA, 1998; SARKIN, 1998). These women often resorted to illegal and unsafe abortions (BRADFORD, 1991, p. 18-21). Indeed, it was estimated that about one in every ten women sought backstreet abortions in the late 1970s (LARSEN, 1978), while a 1989 study reported that nearly half (46%) of the total admissions in gynaecology at a public hospital in Durban were a result of backstreet abortions (SHWENI *et al*, 1992).

1.2 Political transition and democracy: law reform in the context of feminist voices, public health and reproductive rights

Prior to 1990, the dominant narratives in favor of abortion were based on public health. Even liberal voices tended to cite the problems of backstreet abortions to justify abortion on request and a review of the 1975 Act (COPE, 1993, chs. 11 & 12), while medical practitioners increasingly supported wider access for health reasons (DOMMISSE, 1990, p. 702-3). However, there was little public debate and no public feminist advocacy. For most women, opposition to apartheid took precedence over gender issues and abortion was seen as a divisive topic (BEALL *et al*, 1989; ALBERTYN, 1999, p. 10-11). Interestingly, for women in the exiled African National Congress (ANC), the conditions of exile served to inform them on issues of reproductive choice. At this point, the burdens of motherhood, gender-based violence and teenage pregnancies, combined with poor health-care, unsafe and illegal abortions, fed the increasing belief by the ANC Women's Section that abortion should be legalised in a democratic South Africa (HASSIM, 2014, chs. 4-5), providing a basis for the development of public health and feminist arguments after 1990.

Between 1990 and 1993, South Africans entered into political negotiations for a democratic constitution. The particular conditions of this political transition enabled claims for gender equality to be inserted in the heart of the new democracy

(ALBERTYN, 1994; HASSIM, 2006, ch 5). This was possible by an alliance of feminist political activists, academics and lawyers, who were able to rely on feminist activism within the ANC and the political support of a broad constituency of women mobilised to secure inclusion in the new constitution (ALBERTYN, 1999; HASSIM, 2006). This enabling climate also allowed feminist ideas of freedom of choice, equality and reproductive rights to be included on the agenda for the emancipation of women and opened up the possibilities of legal reform on abortion in a democratic South Africa (ALBERTYN, 1999, p. 11-16). In fact, as gender issues became more central to politics in the early 1990s, various strands of support for a broad pro-choice policy position emerged and women began to organise around reproductive health and rights (ALBERTYN, 1999, p. 11-16; KLUGMAN; VARNEY, 2001). Most importantly, before 1994, women in the ANC persuaded their colleagues that ANC policies relating to the Bill of Rights and health should recognise women's right to choose within an understanding of women's empowerment and their socio-economic circumstances. (ANC, 1992, art 7(2); ANC, 1994, p. 57).

In the transition of the early 1990s, the dominant narratives about the meaning of abortion were based on feminist arguments (equality and choice), public health and reproductive rights. The 'pro-life' arguments, whose public face at that stage was predominantly white, male and rooted in the Catholic Church, were muted by the conditions of constitutional change and women's rights. However, feminist arguments were limited to a relatively small group in the ANC and civil society. In reality, the broad political consensus on gender equality amongst women did not translate into widespread support for abortion on request. In a 1994 national survey, more than two-thirds (68%) opposed access to legal abortions, whilst a 1995 survey found just under half (45%) supported the existing law, and only one in five (21%) endorsed women's choice (BUDLENDER; EVERATT, 1999). Abortion was contentious, women were perhaps more likely to support the law as it existed, based on medical necessity, than its reform based on feminist arguments and women's rights. Even women who supported law reform were more likely to justify this with public health reasons, than feminist arguments of equality and choice, with consistent reference to the increasing number of deaths and infections of poor, black women from back street abortions (ALBERTYN 1999, p. 17-18).

After democracy, in 1994, feminist and public health arguments put together a relatively small group of health, legal and rights activists and organisations, now mobilised as the Reproductive Rights Alliance, who worked with women in the ANC, in government, to secure progressive reproductive rights frameworks in the final constitution and abortion law reform (ALBERTYN 1999; KLUGMAN; VARNEY 2001). As discussed in the next section, the global shift to reproductive rights and to women's rights as human rights provided an enabling context for a call for abortion law reform as part of a package of rights guaranteed in the South African Constitution.

Women's rights advocates called on equality and (reproductive) freedom as constitutional imperatives for change, and health activists ensured that a strong public health narrative on backstreet abortions and maternal mortality provided policy justification for legal reform.

Through a combination of advocacy by civil society organisations and pressure by ANC feminists, the final democratic Constitution of 1996 included a guarantee of the 'right to bodily and psychological integrity', including 'the right to make decisions concerning reproduction' and to 'security in and control over their body' in section 12(2), also with the right of access to reproductive health care services in section 27 (ALBERTYN, 1999, p. 26-29). This was in addition to a robust equality right, as well as rights to dignity and privacy, and was one of earliest statements of reproductive rights in a national constitution. In addition, it provided a positive constitutional framework for development of the new abortion law that was slowly making its way through the parliamentary processes under the feminist leadership of both the Minister of Health and chair of the parliamentary portfolio committee. The CTOPA was the first 'women's law' to be passed by the new parliament, largely as a result of enabling political conditions, a positive global and national constitutional framework, committed support by key members of the government and ruling party, as a result of the activism from a small but effective alliance of civil society organisations (rather than widespread public support) (ALBERTYN, 1999, p. 18-26, 30-40; KLUGMAN; VARNEY, 2001).

The CTOPA envisages abortion as the fundamental right of every woman to decide whether or not to have an early, safe, and legal termination of pregnancy, and abortion services are seen as integral to universally accessible reproductive health services, which the state has a duty to provide in an environment that recognizes and respects women's choice (CTOPA, preamble). The CTOPA adopts a trimester approach to permit a woman to terminate a pregnancy during the first 12 weeks of pregnancy upon request and from 13 to 20 weeks with a medical practitioner allowance, after consultation with the woman, and then it is the opinion that the pregnancy poses a risk of injury to the woman's physical or mental health that would matter. There is a risk of severe mental or physical foetal abnormality; or the pregnancy would significantly affect the social and economic circumstances of the woman (CTOPA, section 2(1)(c) & (b)).[2] After 20 weeks termination is only permitted if two medical practitioners have the same opinion that the continued pregnancy would endanger the woman's life, resulting in a severely malformed foetus, or putting a risk of injury to the foetus (CTOPA, section 2(1)(c)).[3] Neither spousal nor parental consent is required (although minors must be advised to consult with her parents or family – section 5).[4] In the first trimester midwives and nurses, who have undergone training, may perform the abortion (CTOPA, section 2(2)). The act provides for non-directive and non-mandatory counselling, and the

obligation to refer patients to designated abortion facilities (CTOPA, section 6), but it is silent on conscientious objection.

On the third part, the implementation of the CTOPA was performed. Before I begin it, I interrogate the nature and scope of the dominant and intersecting public health, rights and feminist narratives identified in this section as justifying the enactment the CTOPA. Using this, I could explore in more detail their limits and contestations, as well as their wider transformative potential.

1.3 The feminist, rights-based and public health narratives of abortion law reform

The complementary and contested narratives that underpinned abortion law reform in the early 1990s emanated from international norms on the wider issues of reproductive rights and reproductive health, as well as local public health concerns and ideas of women's equality and freedom rights. Thus, we find rights-based arguments that speak to a broad package of reproductive rights (in which abortion is just one aspect), and to women's constitutional rights to equality and freedom of choice, as well as public health arguments that emphasise the health consequences of unsafe abortion and set comprehensive reproductive healthcare for all women. At times these intersect and all are generally driven by feminist concerns of empowering women.

The link between reproductive rights and reproductive health was a major achievement of the International Conference on Population and Development (ICPD) in Cairo in 1994, and it was the idea that reproductive health and rights should be conceptualised in a holistic way, including women's right to control their fertility (CAIRO, 1994; NGWENA, 2010, p. 816). As stated in the Programme of Action (1994, p. 60), reproductive rights were:

> [...] rest on the recognition of the basic right of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health. It also includes the right of all to make decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence as expressed in human rights documents.

Although unsafe abortion was recognised as a major public health problem, the ICPD did not reach a binding commitment on the inclusion of abortion in this definition, and on the need to reform abortion laws so as to address the scourge of abortion-related maternal morbidity and mortality (NGWENA, 201, p.816-7). In the end, the ICPD could not agree that access to a safe and legal abortion was a fundamental right, according to that the state had a duty to provide the services.

In South Africa in the 1990s, women's health and human rights activists latched upon the spirit of the ICPD's Cairo Declaration to advocate for and achieve a legal right to terminate a pregnancy. While the arguments around the CTOPA occasionally demonstrate a Cairo-like dissonance between public health concerns and abortion rights, they largely show an ability to transcend it. On the one hand, public health discourses were dominant in justifying abortion law reform, and the political emphasis was often on health needs, rather than the wider picture of rights and empowerment. In particular, significant emphasis was placed on the role of abortion in reducing maternal mortality and morbidity, supported by Medical Research Council data on unsafe abortions and deaths (REES, 1997). However, it would be wrong to characterise the narratives on legal reform as solely health-based. On the contrary, in the particular context of South Africa's racialised past, health arguments soon became intertwined with equality and freedom arguments to allow more localised rights-based narratives to emerge. Although these feminist arguments form part of a global dialogue on abortion rights, and echo feminist narratives elsewhere (see, for example, GREENHOUSE; SIEGEL, 2012), in which they emerge in the particular conditions of the 1990s and have an 'indigenous' South African flavour.

The local feminist, rights-based approaches to abortion can partly be read from the nature and content of South African women's struggles in the late 1980s and 1990s, in which women's emancipation was seen to be inextricably linked to undoing the multiple social, economic and cultural inequalities that perpetuated their subordination (ANC 1990). A strong socialist feminist heritage directed attention to substantive equality, understood as the need to dismantle the structural conditions of women's subordination (ALBERTYN; HASSIM 2003). By 1990, at least some feminists in the ANC and progressive organisations also understood that bodily autonomy and moral agency were essential to women's empowerment (see for example, GINWALA, 1990). Thus, South African discussions on abortion in the 1990s embrace the idea of individual choice and reproductive freedom as being able to control one's body and reproductive capacity, as well as the 'historical and moral' argument based on the 'social position of women and the needs that such a position generates' (PETCHESKY, 1992, p. 2). Whilst the former emphasises women's moral and bodily autonomy, the latter speaks to broad equality issues, including the consequences of unsafe backstreet abortions and the denial of access based on race and class.

Freedom – as reproductive choice – was conceptually and politically less developed that equality in South Africa, as socialist feminist ideas of substantive equality had more historic and political purchase than radical feminist ideas of bodily autonomy (ALBERTYN; HASSIM, 2003, p. 139-143; SEIDMAN, 2003). The political emphasis of women was often on the racial consequences of limited reproductive choice, rather than choice itself. Nevertheless, it was recognised as a central component of reproductive rights, and as described above, was included in the 1996 Constitution in express

terms. At the core of freedom of choice is the idea of women's moral agency and autonomy. Although, this agreed with the liberal idea of women as autonomous rights-bearers able to make individual decisions about their bodies and lives, for many feminists, the idea of freedom was socially constituted. As Pregs Govender, chair of the parliamentary Committee on the Improvement of the Quality of Life and the Status of Women, stated in the parliamentary debate on the CTOPA:

> The right to control our bodies, the right to choose a safe legal termination of pregnancy, is in the context of political, social and economic choices for women, in the context of moving our society towards equality, respect and a healthy sharing of power and responsibility in the home and in society (HANSARD, 29 October 1996, col. 4793).

Overall, however, 'historical and moral' arguments of equality dominated advocacy on abortion, a result of the dominance of equality in the politics of the women's movement and its stated long-term political goals of prioritising the needs of poor, black and disadvantaged women (ALBERTYN; HASSIM, 2003). Legal and women's rights activists in South Africa tended to locate reproductive choice within a wider understanding of substantive equality.[5] In general terms, this emphasized the multiple inequalities that shaped women's capacity to choose to have sex, fall pregnant, terminate unwanted pregnancies, bear and raise children, on the one hand, and the inequalities that flowed from the legal, social and economic constraints that were placed on these choices, on the other (PETCHESKY, 1990; BIRENBAUM, 1996). In South Africa, during the 1990s, equality arguments focussed particularly on the effects of race and class which placed black, rural and working-class women in the most vulnerable position in relation to reproductive health and choice in general, and access to abortion in particular. In this country, substantive equality required a complex and intersectional understanding of the subordination of women on the basis of gender, race and class.

Equality came to dominate as a political idea and as a strategic choice. In the context of a generally conservative society and an ANC that was, in fact, divided on abortion rights, it was easier to build alliances across groups and argue for abortion rights by portraying the socio-economic realities of poor, black women's lives and the discrimination they suffered under the current law, rather than by asserting women's moral agency and bodily integrity. The racially distorted access to abortion under the 1975 Act meant that black women's lives were most at risk, and the vulnerability and exclusion of this group was a powerful message just after apartheid ended, especially when public face of anti-abortion groups were still dominated by white men, including the fact that South Africa was a socially conservative society with significant opposition to abortion. Indeed, as discussed below, this opposition extended to

those health-workers who were responsible for providing abortions services (BATEMAN, 2000).

Nevertheless, I want to suggest that the narratives of the early 1990s also contained an incipient idea of reproductive justice. In response to the individual rights framework of the Cairo Declaration, women of colour in the United States had argued that: 'Our ability to control what happens to our bodies is constantly challenged by poverty, racism, environmental degradation, sexism, homophobia and injustice' (ROSS *et al*, 2004, p. 4). Women's (lack of) choices are shaped by poverty, (un)employment, ill health, insecurity, (lack of) knowledge and education, violence, infertility, coercion, culture and religion, law. These points are connected to a positive and symbiotic relationship between freedom and equality, and between the nature of one's ability to exercise (reproductive) choice and the broad socio-economic circumstances in which they live. In South Africa, it suggests overcoming the particular exclusion of poor black women from access to abortion under the Apartheid era law, not only required a new law that guaranteed safe access and the provision of comprehensive services, but also attention to the social and economic conditions that impeded meaningful equality and choice.

Nowadays, this idea was not always fully articulated (legally or politically). Once the law was passed, the focus shifted to widening access within a post-apartheid health-care system through the provision of comprehensive reproductive health-care services. Public and reproductive health narratives again took hold, and feminist ideas of freedom, equality and reproductive justice, while present, were less visible.

2 Twenty years of abortion law in South Africa

The CTOPA was passed in 1996 and implemented soon thereafter in terms of the preamble to the Act which affirmed women's right to reproductive choice and the state's responsibility to provide services to secure this right without fear or harm. Attention shifted to the public and reproductive health imperatives of providing comprehensive services.

Progress in implementation of the CTOPA was initially positive as women were able to access safe, legal terminations, maternal mortality decreasing numbers, and the state, in partnership with civil society, was able to defend the CTOPA against legal and political challenges, provided by a growing and diversifying anti-choice/pro-life movement. Despite evidence of significant societal discomfort with abortion and divisions within the ANC over its status, the government and ANC retained a strong, if sometimes rhetorical, commitment to reproductive choice. Over time, however, early problems of implementation expand and become entrenched, affecting the quality and quantity of abortion services, increasing backstreet abortions, and revealing old and new patterns of exclusion. As these problems deepen, there was

an evidence of a resurgence of civil society activism and emergent state discourses on reproductive justice, in which relocate abortion within wider ideas of empowerment and transformation, and pose possibilities for a renewed emphasis on expanding women's access to reproductive choice.

2.1 A positive start to expanding access and defending the law

At the core of implementing the CTOPA in the mid-1990s, it was government's responsibility to ensure that women could exercise their rights within the overall transformation of the health system and the development of comprehensive maternal, child and women's (MCW) health-care services as a policy priority of the new government. This required a significant redistribution of available resources and structures from a past in which health service delivery was sparse and race-dependent, and where black women in rural, high density urban and peri-urban areas and informal settlements had been particularly disadvantaged. Equity in access to services required the urgent restructuring of the health system as a primary health care system with MCW health care as a key component of the package. An MCW health directorate was established in the Department of Health to coordinate and facilitate the reorganization of MCW health services (HEALTH SYSTEMS TRUST, 1995, p. 181-182). The development of policies focused on institutional transformation and reallocation of resources to deliver effective services, including reproductive health services. The NGO sector weighed in to assist as major national and transnational reproductive health, providing assistance with policy development, training and values clarification. The RRA, which had led the advocacy for the CTOPA, now shifted to supporting implementation. Generally, in the early years 'the nurses and doctors who provided abortions were well-supported and well-regarded' for respecting women's rights (HODES, 2013).

Access expanded rapidly, if unevenly. In a five-year review of the Act in 2002, the state recorded 220 888 terminations in the public sector, the majority (73%) in the first trimester, and 12% to minors (RRA Barometer, 2002). Although women continued to seek terminations outside the law, there was a significant reduction in maternal morbidity and mortality, especially amongst young women, who had been most at risk in 1994 (JEWKES *et al*, 2002; JEWKES *et al*, 2005a). The results of a study commissioned by the Department of Health found the number of patients with high morbidity had almost halved in 2000 (9.5% in 2000 compared with 16.5% in 1994). The majority of cases had no signs of infection on admission (90.6%) and there had been a significant downward trend (from 5.7% in 1994 to 3.9% in 2000) in women dying from complications of unsafe abortion. Also, a significant finding was that there had been a 91% reduction in deaths from unsafe abortion (JEWKES *et al*, 2002; JEWKES *et al*, 2005a; IPAS, 2007). Although the decrease in mortality and morbidity became less dramatic over time (BUCHMAN *et al*, 2008), and these

earlier studies demonstrated the profound impact of law reform on women's health and lives.

This decrease in maternal mortality and morbidity also provided a rational basis for expanding access in the face of growing anti-choice opposition to the law. Indeed, health and mortality reasons continued to be a major justification for the law and for expanding services.

2.1.1 Legal challenges and conflicts: defending women's rights and health amidst a changing pro-life narrative

The CTOPA was first tested in court in 1997. In South Africa, the right to abortion was established politically through the legislative process, and it was perhaps less vulnerable to attack than court established rights, such as those in *Roe v Wade* (410 U.S. 113, 1973). However, the first legal challenge aimed at the core of the Act, pitting the right to life of a fetus against the right of women to terminate unwanted pregnancies by claiming that the violation the rights of the fetus was unconstitutional (CHRISTIAN LAWYERS ASSOCIATION V MINISTER OF HEALTH, 1998). This was unsuccessful as the High Court relied on the common law to find that the fetus was not a rights-bearer under the Constitution and could not claim a rights violation (1443 B-C; 1437 C-D). Although, it noted women's constitutional right to reproductive decision-making, the court's reasoning sidestepped constitutional arguments, and provided little development of the Constitution's potentially transformative rights framework on reproductive justice (O'SULLIVAN 2008, p. 2-8). However, it effectively prevented future attacks on the Act's basic commitment to choice, meaning that the legal strategies of pro-life advocates shifted from a direct attack on the core right to attempts to narrow the ambit of women's reproductive choice. This also resonated in particular with pro-life strategies in the USA (GREENHOUSE; SIEGEL, 2012).

Attacks on the ambit of choice took a number of forms: challenges to the CTOPA's lack of parental consent provisions for minors seeking abortion and attempts to broaden the ambit of conscientious objection and impose procedural barriers on access to abortion. In relation to the former, the pro-life Christian Lawyers Association challenged the CTOPA provisions permitting minors to obtain an abortion without parental notification or consent (secs 1; 5(1)-5(3)) on the basis that minors were incapable of making an informed decision about abortion without parental guidance or control (CHRISTIAN LAWYERS ASSOCIATION V MINISTER OF HEALTH 2005; O'SULLIVAN, 2008, p. 18-21). The Christian Lawyers Association argued that, by excluding parental consent, the CTOPA violated the minor's rights to family and parental care, to equal protection and the constitutional requirement that a law was in 'the best interests of the child' (CONSTITUTION, 1996, secs 28, 9). This argument denied moral autonomy to minors to make reproductive decisions. The High Court found that the CTOPA's requirement of informed consent was constitutional as 'valid

consent can only be given by someone with the intellectual and emotional capacity for the required knowledge, appreciation and consent' (p. 515). Minors were capable of this, they could consent; the test for informed consent was not about the age, but capacity to consent (p. 516-517). Again the attempt to undermine the moral autonomy of women (in this case, minors) was unsuccessful. However, this choice remained legally entrenched (O'SULLIVAN, 2008).

Finally, in 2004, the Department of Health tabled legislation amending the CTOPA in Parliament to increase access to safe termination of pregnancy services and achieve better governance of those services.[6] Provincial public hearings on the amendments became a site of struggle over women's rights to abortion as pro-life groups used the opportunity to propose significant procedural obstacles to procuring an abortion (for example, SMYTHE, undated). For the first time, the public face of the anti-abortion lobby was not that of white, professional men, but of large numbers of black, church-going township women and men (RRA 2007). The emergence of this more widespread public opposition was due to a number of factors, including the rise of pentecostal churches in South Africa connected to US evangelism (CHIPKIN; LEATT, 2011, p. 22). In the end, all nine provinces supported the Bill[7], which duly passed through Parliament. In leading the vote in favour of the Bill in the National Assembly, Chair of the Health Portfolio Committee, ANC member James Ncgulu confirmed that 'women must be given choice to determine about their reproductive rights'.[8] This outcome was possible because of organised civil society advocacy in favour of the CTOPA amendments and the ruling party's commitment to, and positive leadership on, reproductive choice in both the relevant national and provincial parliamentary committees and the Health Ministry.

It is worth pausing to comment on the shifts in public narratives on abortion rights that these events signify. Firstly, the pro-life narratives had shifted and diversified from the 1990s. Members of religious and church groups continued to censure women who procured abortions as murderers of unborn children. In addition, this found different forms, most visibly in the moral censure of women who aborted foetuses outside the law or, in the desperation of poverty 'dumped, newly born babies (FARBER, 2012). However, to counter the women's rights arguments, some 'pro-life' advocacy organizations, such as Doctors for Life, began to focus on the harm caused to women by abortion (RRA 2007). Drawing directly on US pro-life arguments, these suggested that abortion resulted in damaging physical and, especially, psychological consequences for women, which was called for more rigid procedures to 'protect' women. These included mandatory counselling, including photographic images; wider provision for conscientious objection; parental consent for minors; and limiting the numbers of service providers and facilities for terminations (see for example, SMYTHE, undated). Underlying these was a paternalistic idea of women as 'victims' of abortion requiring help in making the 'right' moral choice.

In contrast, women's health and rights groups asserted reproductive choice as an unassailable right, reminding the members of parliament who attended the hearings of the importance of the CTOPA to women's health and well-being. In addition, public health and equality arguments dominated as these groups drew on research that showed how the legalization of abortion had significantly reduced maternal morbidity and mortality, but that many poor, rural and unemployed women were still unable to access safe, legal abortions. The amendments, it was argued, were critical to extending the right to all women by improving the reach and quality of termination of pregnancy services. While feminist arguments concerning choice were also central, these were always linked to the socio-economic conditions and consequences of women's actual (in)ability to exercise reproductive choice.[9] To some extent, the hearings confirmed that the abortion debate was shifting from an exclusive focus on women's rights versus foetal rights to competing claims as to what is in the best interests of women (already apparent in the second *Christian Lawyers Association* case). This example brings into sharp focus the contesting ideas of women that characterise each side. On one side, those opposing abortion speak of protecting women, suggesting women require more information and assistance in making choices about abortion and that the law should be amended to reflect this. The anti-abortion focus of these arguments means that there is a normative and practical bias against choice. Women are seen as mothers, victims or promiscuous agents – in all instances these views suppress the agency of women and show little understanding of their context. On the other side, the promotion of reproductive choice is asserted in the context of women's lives. Thus, it is recognized that women live in a societal context in which their rights and freedoms are limited by gendered power and inequalities, reflected in discriminatory attitudes, beliefs and practices. These rights arguments generally seek to affirm women's agency, whilst understanding the social and economic context that constrains this.

The right to choose an abortion and also the ideas of women that underpin this law remained sites of struggle as the state and civil society organisations have sought to defend the CTOPA in the past two decades. However, recently there has been evidence of a growing conservatism within the state, a demobilisation in civil society and a decline in the provision of abortion services that has raised new concerns about how to protect and expand women's access to reproductive health-services, especially for poor women. This is discussed in the next section.

2.2 Deepening Inequalities of Access

Since the regulation of the CTOPA, an increasing numbers of women have obtained safe, legal abortions in public hospitals, from 26455 in 1997 to 82920 in 2012 (HEALTH SYSTEMS TRUST, undated). Every year, further than 40 000 women or so obtain abortions from just one private clinic with outlets across the country (HODES,

2013). On the opposite side, it is estimated that at least the same number of women seek illegal abortions (HODES, 2013). The reasons for this are complex, and relate to the nature and availability of legal and illegal services, as well as women's knowledge about the law and their willingness and ability to access the public health system.

Despite the good news on maternal health, the review of the first five-year of the CTOPA provided early signs that old patterns of exclusion had not been fully addressed. While poor and young women enjoyed more access, this was not true of those living outside major urban centres and in rural provinces. In addition, difficulties were experienced in providing sufficient service-providers for second trimester abortions (RRA Barometer, 2002). Women were still turning to illegal abortion providers, but the dramatic declines in maternal mortality and morbidity, especially for young women (JEWKES *et al*, 2005) suggested that the backstreet had become less unsafe (BROWN, 2000, p. 6-7).

Recently, the evidence suggests that the right to a safe legal abortion in South Africa – especially for poor, black and rural women – has diminished. Research suggest that women are accessing terminations, but in circumstances in which the official statistics reflect state capacity, rather than real demand. Indeed, in 2013, less than 40% of designated abortion facilities were operational (TRUEMAN; MAGWENTSHU, 2013). Healthcare workers provide the service under difficult circumstances, in over-crowded and under-resourced facilities, with little support and in the face of hostile attitudes from peers and superiors (MAYERS *et al*, 2005; HARRIES *et al*, 2009; MAMABOLO; TJALLUKS, 2010). In addition, many women face systematic and multi-faceted stigmatisation, not only from health-care workers, but also from administrative and cleaning staff (BATEMAN, 2011; HARRIES *et al* 2009; ORNER *et al*, 2010; JEWKES *et al,* 2005). Young women often find themselves being chastised for being irresponsible (HODES, 2013) – as do sex workers, LBTI, disabled, foreign nationals and HIV positive women (SHARISA, 2015). The decline in services has been significantly affected by health-worker 'burn-out' and conscientious objection. South Africa is a strongly traditional and religious country,[10] with widespread opposition to abortion based on religious beliefs. In fact, health workers themselves have generally opposed the CTOPA. One study reported that 64% of members of the Democratic Nurses Association of South Africa opposed the CTOPA (BATEMAN, 2000), and another found that only 56% of those assisting in abortions found 'abortion on request' to be morally acceptable (VARKEY; FONN, 1999). In the public health system, this expresses itself as hostile or aggressive behaviour, as a refusal to take part in abortion services (BATEMAN, 2000), or, for managers, a reason to 'act as gatekeepers [and to] … prevent services from being provided in the facilities they manage' (TRUEMAN; MAGWENTSHU, 2013, p. 398). The unregulated nature of conscientious objection, with little guidance offered by policy makers, has seen 'conscientious objection becoming one of the biggest barriers

to abortion service delivery' (TRUEMAN; MAGWENTSHU, p. 398. See also HARRIES *et al*, 2014).

Underlying these problems are a number of issues related to the health system as a whole. It is doubtless correct that the reform of the health system after apartheid provided the opportunity to begin the development of a comprehensive reproductive health-care services, including abortion services. However, the enormity of this task, together with the fact that the health system has suffered enormous strain under the weight of the HIV epidemic, has also counted against the development of quality services. As a 2009 Report on the South African healthcare system noted:

> Although restructuring of the public health sector post 1994 achieved substantial improvements in terms of access, rationalisation of health management and more equitable health expenditure, fifteen years later these early gains have been eroded by a greatly increased burden of disease related to HIV/AIDS, generally weak health systems management and low staff morale. The result is poor health outcomes relative to total health expenditure (HARRISON, 2009).

As early as 1998, women's health researchers pointed to problems with service delivery that were likely to become entrenched within a public health system (FONN *et al*, 1998). In relation to abortion on the late 2000s, researchers were acknowledging pockets of excellence and dedicated service, but also a poor and declining infrastructure, associated with a decrease of facilities and service providers, especially in the second trimester where a medical doctor is required. They conclude that women seeking abortions experience delays, incorrect referrals, long waiting periods (often pushing them beyond first or even second trimester limits), rejection, stigmatization and poor quality of care (JEWKES *et al,* 2005; ORNER *et al*, 2010, HARRIES *et al*, 2009). It is clear that solving these problems is not just a matter of better reproductive healthcare services, but linked to South Africa's ability to address the problems within the heath-care system as a whole.

In this context, women often choose the backstreet. Some do so because they are not aware that abortion is legal. In one study, at least 30% of respondents believed that abortion was still illegal (WHO, 2008). Others consciously choose what is seen to be a quicker and more private route than the queues, delay and hostility of the public sector. Although the evidence is anecdotal or based on small-scale research, it is clear that the availability of 'abortion pills' on the black market, such as Cytotec and Misoprostal, has expanded access to illegal abortion (MOORE; ELLIS, 2012; JEWKES *et al*, 2005b; HARRIES *et al,* 2015). In general, as Jewkes *et al* note, women often prefer a quick and private response to unwanted pregnancies and seek 'backstreet' assistance in which safety varies, but where self-induced methods are most

likely to lead to ill-health, infertility and death (2005b). Research in Kenya, albeit in a more constrained legal environment, has similarly shown that women seek the privacy of backstreet abortions, and claim that these are 'key to women's preservation of a good self, management of stigma, and protection of their reputation, respect, social relationships and livelihoods' (IZUGBARA *et al*, 2015, p. 9).

2.3 Declining political will and new directions

One key lesson of the 1990s and early 2000s was the critical role that strong political leadership and civil society activism played in making, shaping and implementing the law. South Africa has never been a country which the majority of people support abortion on demand. Only about one third to one quarter do so in any given survey, although more support abortion under restricted circumstances (BUDLENDER; EVERATT, 1999). However, political leaders were always willing to speak to the ANC's commitment to safe abortion, especially for poor, black women. Despite a growing anti-choice opposition and continuing divisions within the ANC over abortion, the support of the state was remarkably consistent, suggesting that gender equality and women's human rights remained an important measure of democratic progress for the government. Perhaps significant here was the ability of women's organisations to present themselves as a political constituency to whom the state felt accountable (such as the parliamentary portfolio committee on Health in the 2007 hearings). Such accountability is, in part, due to the ability of these organisations to present a united front and a coherent vision of women's autonomy and gender equality, rooted in evidence of the law's positive impact on women's lives. It is also due to women's health advocates sustaining relationships with parliamentarians, members of government, departmental officials and service providers over the year.

In recent years, this appears to have changed. On one hand the broad-based unity and the movable power of an 'abortion constituency' signified by the RRA has been less visible with the decline of the RRA as a national voice around 2011. The ability of civil society to work alongside government has also been affected by the departure of key transnational NGOs (IPAS, 2014). On the other hand, a wider discourse of 'moral regeneration' and 'traditional values' under President Zuma has meant limited state support for women's rights and gender equality issues. This has also manifest itself in a reclaiming of patriarchal values in culture and custom, and a strengthening of the traditional roles of women as wives and mothers, and subordinate to men in public and ANC discourse (SUTTNER, 2010, p. 22-27). Needless to say, it has diminished the public space for discussions about the need for abortion. Indeed, civil society activists argue that government is much less willing to talk about and defend women's rights, and also even less willing to defend abortion than in previous years (HODES, 2013).

Whilst not directly opposing the CTOPA, it appears to be a little normative and practical commitment to safe, legal abortion in the Ministry of Health (STEVENS, 2014; TRUEMAN; MAGWENTSHU, 2013). The Minister of Health is more likely to express disapproval of young girls using abortion as contraception (with no data to prove this claim), than discuss the difficult social and economic circumstances that influence young women's choices about sex (HODES, 2013). These issues, coupled with unregulated conscientious objection, indicate that state apathy and declining political will have eroded the ruling party's prior commitment to women's reproductive rights.

Although the balance of forces within the ANC appears to have shifted to a more conservative approach to abortion, there are a few encouraging signs with the re-emergence of strong feminist voices. Minister of Social Development, Bathabile Dlamini, recently argued that the provision of abortion services is essential to 'the transformation of society that enables the complete emancipation of women' (DLAMINI, 2014). She called for commitment to reproductive justice: 'where all people [and especially the poor and the marginalised] have the social, political and economic power and resources to make healthy decisions about their gender, bodies and sexualities' (DLAMINI, 2014). In doing so, she drew a clear connection between the commitments of the early 1990s to addressing the exclusion of black women from safe, legal termination of pregnancy, to the needs of the present: 'It is vital for us to be true to the intention of the ANC in 1995 for access to quality abortion services by poor women as part of its social justice and transformation goals' (DLAMINI, 2014).

Anecdotal evidence suggests that the call to reproductive justice is a shrewd one, as it links reproductive choice to key social and economic concerns:

> Within the framework of reproductive justice, the ANC and the ANC government has always been and will always be pro-abortion in the sense that we realise that it is but one of the reproductive experiences of women that needs to be enabled. We are also concerned about improving other elements of women's reproductive experiences such as improving women's economic and educational statuses, we are concerned about whether women are in violent or abusive situations, whether their children have access to nutritious food, housing, clothing and other social protection services (DLAMINI, 2014).

By referring to marginalised communities, by bringing in the economy and poverty, and by demonstrating that the ability to choose is integrally linked to one's social and economic conditions, abortion can be seen as part of the ANC's re-commitment to 'radical socio-economic transformation' (ZUMA, 2015). If democracy and transformation provided the political space for abortion and reproductive rights to

be advanced in the early 1990s, the question is: whether there are similar opportunities twenty years to advance women's access to abortion and the implementation of the CTOPA under the frame of reproductive justice? This is discussed in the final section.

3 Abortion law at the cross-roads? Lessons and challenges

South Africa is at a cross-roads concerning its willingness and capacity to implement its progressive abortion law. It can limp along as it is, paying lip-service to women's rights to safe abortion, but in fact deferring to a more conservative set of norms and narratives about women's abortion rights; or it can commit to providing comprehensive, safe, confidential and supportive services to all women, recognising that the Constitution affirms that choice to have an abortion is a right of all women. At present, the gap between rich and poor in access to healthcare in general, and reproductive healthcare in particular, is significant. Women with means access private services. Poor women rely on the state or illegal providers, to the detriment of their health and lives. Whilst the provision of safe, legal abortion in 2015 remains an advance on the limited and discriminatory provision of abortion under apartheid, the early gains of the 1990s have been eroded and the state has failed to progressively realise women's right of access to reproductive health-care in general and safe abortion in particular.

If we return to the lessons of the 1990s discussed above, we know that the ability to reconceptualise women's rights and to advance them in law and practice depends on at least four things: (i) Political conditions that enable change (a moment of transition of some kind or another); (ii) political leadership which is supportive of gender equality (often persuaded to do so by shrewd feminists and gender activists within the party and the state); (iii) a conceptual framework that allows feminist and women's rights claims to be made (such as a rights-based constitution) and (iv) a mobilised women's movement. Is it possible that the conditions for substantive change might be emerging, in a different way, in South Africa? I finish this article on an optimistic note by speculating on that possibility.

First of all, in respect of defining a moment of change, if not transition, it is worth asking whether South Africa does not face a second cross-roads? In the face of increasing economic inequalities and growing unemployment rates, growing social conservatism, high levels of corruption and disintegrating public services, the social compact of the early 1990s is certainly fraying at the edges. In his state of the nation address this year, President Zuma called for more radical social and, especially economic, transformation (ZUMA, 2015). Also, there was little meaningful content to his call, it does signify a recognition that things cannot stay the same in South Africa. If this does, in fact, lead to a moment of change, a re-commitment of the constitutional agreement of the

1990s to include not only those subordinated by race and gender (as was the core commitment of 1993), but also those excluded by class and economic injustice, and then it would provide an second moment of 'transition'. (What some refer to an economic transition). As suggested above, the idea of 'radical socio-economic transformation' might enable feminists and gender activists, within the state and in civil society, to insert new claims for reproductive justice in policies, laws and modes of implementation and enforcement of those policies and laws.

Second, it is difficult to discern shifts in political leadership, although the increasingly visible role of minister Dlamini in South Africa and on the continent suggests that spaces are opening up for more progressive and feminist voices. Dlamini's strong defence of reproductive justice certainly provides an opportunity to develop it as a conceptual framework, but more feminist political voices will be needed for this to signify a meaningful shift.

Third, the progressive understanding of abortion as essential to women's freedom and equality has lost public traction (especially as it relied on the apartheid past). Can a development of the idea of reproductive justice enable a re-articulation of these rights in ways that resonate with present needs and allow civil society to hold government to account for the effective implementation of the CTOPA? Complex inequalities have always structured women's choices. In 2015, the link between reproductive choice and substantive equality – in the sense of a meaningful redistribution of power and resources – are perhaps more overt than they were in 1994. The problem is not merely the absence of abortion services, it is also the social and economic circumstances of women's lives, and the structures and institutions of a patriarchal society, that affect all aspects of their lives. These choices are implicated by local, national and global conditions. As noted by Dlamini above, such an understanding of abortion enables stronger social and economic justification for ensuring that women are able to exercise meaningful choices, including access to safe and legal abortion.

Finally, the mobilisation of civil society was critical to progress in the 1990s, as it is now. As Minister Dlamini notes:

> Without the broad women's movement being concerned with advocating for abortion rights and access to abortion services as part of the broader women's struggles for economic equality, social justice and violence against women, what we call 'choice' may just become an elitist individualised response to reproductive rights which would still be mainly, for the middle classes and the rich (2014).

The struggle for reproductive justice should be linked to wider struggles against poverty and inequality, against conservative notions of women in tradition, religion and culture, against gender-based violence and so on. At this point, recent attempts

to rebuild a constituency of organisations based on sexual, reproductive rights, and reproductive justice, is a hopeful sign (SHARISA, 2015).

In many ways, the South African experience resonates with that comparing to other countries. However, what been particularly important for progress in South Africa has been the fact of democratic transformation, enabling normative and systemic change in the rights, values and narratives surrounding abortion, as well as the healthcare system that provides the services. It is a significant factor that has been the political will expressed by crucial actors in the ANC during the transition and well into democracy. As the transition recedes into the past, and as the South African healthcare system declines and political will seems to waver, new possibilities emerge for meaningful change. The present challenge for those seeking a better life for women is to exploit the spaces and opportunities that now exist. In this respect, despite the ebb and flow of support for, and opposition to, abortion, the fact of clear constitutional and legal rights provides an enduring basis for pursuing reproductive justice, including attainable abortion rights.

NOTES

1 Section 3 of Act 2 of 1975 permitted abortion in the following circumstances:

(a) where the continued pregnancy endangers the life of the woman concerned or constitutes a serious threat to her physical health, and two other medical practitioners have certified in writing that the continued pregnancy so endangers the life of the woman concerned or so constitutes a serious threat to her physical health and abortion is necessary to ensure the life or physical health of the woman;

(b) where the continued pregnancy constitutes a serious threat to the mental health of the woman concerned and two other medical practitioners have certified in writing (one of whom is a registered … psychiatrist) that the continued pregnancy creates the danger of permanent damage to the woman's mental health and abortion is necessary to ensure the mental health of the woman;

(c) where there exists a serious risk that the child to be born will suffer from a physical or mental defect of such a nature that he will be irreparably seriously handicapped, and two other medical practitioners have certified in writing that there exists on scientific grounds, such a risk;

(d) where the fetus is alleged to have been conceived in consequence of unlawful carnal intercourse (rape or incest) and two other medical practitioners as well as a magistrate are satisfied that the rape occurred; or

(e) where the fetus is alleged to have been conceived in consequence of illegitimate carnal intercourse (with a mentally disabled woman) and it is certified that she is unable to understand the implications of the act and bear parental responsibility.

2 2. (1) A pregnancy may be terminated-

(a) upon request of a woman during the first 12 weeks of the gestation period of her pregnancy;

(b) from the 13th up to and including the 20th week of the gestation period if a medical practitioner, after consultation with the pregnant woman, is of the opinion that-

(i) the continued pregnancy would pose a risk of injury to the woman's physical or mental health; or

(ii) there exists a substantial risk that the fetus would suffer from a severe physical or mental abnormality; or

(iii) the pregnancy resulted from rape or incest; or

(iv) the continued pregnancy would significantly affect the social or economic circumstances of the woman …

3 2. (1) A pregnancy may be terminated- …

(c) after the 20th week of the gestation period if a medical practitioner, after consultation with another medical practitioner or a registered midwife, is of the opinion that the continued pregnancy-

(i) would endanger the woman's life;

(ii) would result in a severe malformation of the fetus; or

(iii) would pose a risk of injury to the fetus.

4 5. (1) Subject to the provisions of subsections (4) and (5), the termination of a pregnancy may only take place with the informed consent of the pregnant woman.

(2) Notwithstanding any other law or the common law, but subject to the provisions of subsections (4) and (5), no consent other than that of the pregnant woman shall be required for the termination of a pregnancy.

(3) In the case of a pregnant minor, a medical practitioner or a registered midwife, as the case may be, shall advise such minor to consult with her parents, guardian, family members or friends before the pregnancy is terminated: Provided that the termination of the pregnancy shall not be denied because such minor chooses not to consult them.

5 For an example of the argument that reproductive rights are a fundamental prerequisite to ensure substantive equality for women in our society, see *Ex Parte: the Constitutional Assembly In re: The Application to Certify a new Constitution in terms of Section 71 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1993.* Submission of the Reproductive Rights Alliance in re: sections 12(2)(a) and (b) and 27(1)(a) and *Ex Parte: the Constitutional Assembly In re: The Application to Certify a new Constitution in terms of Section 71 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1993.* Heads of Argument, July 1996.

6 The Choice on Termination of Pregnancy Amendment Act, 38 of 2004, *inter alia*, sought to speed up the process of designating abortion facilities; increase the pool of trained providers; and improve the monitoring of TOP services through collection of statistics and information.

7 Social Services Committee, National Council of Provinces, *Choice on Termination of Pregnancy A/B and Traditional Health Practitioners Bill [B20-2007]: Final Deliberations* 18 September 2007. It was noted that most of the objections spoke to the main act, not the amending act.

8 Proceedings of the National Assembly, Thursday 13th January 2008.

9 Submissions of Centre For Applied Legal Studies, University of The Witwatersrand 'Submission To The Gauteng Provincial Hearings on The Choice On Termination Of Pregnancy Amendment Act, Act 38 of 2004' (n.d.); Reproductive Rights Alliance 'Submission To The Gauteng Provincial Hearings on The Choice On Termination Of Pregnancy Amendment Act, Act 38 Of 2004' (n.d) (on file with author).

10 80% of South Africans refer to themselves as Christian. South African Government Information. Statistics South Africa. South African Census, 2011.

REFERENCES

ALBERTYN, Catherine. "Women and the transition to democracy in South Africa". *Acta Juridica*. 1994, p. 39-63.

_____. "Reproductive Health and the Right to Choose: Policy and Law Reform on Abortion". In ALBERTYN, C. (ed.) *Engendering the Political Agenda* (1999), chapter 3, Centre for Applied Legal Studies: Johannesburg.

_____; HASSIM, Shireen. "The Boundaries of Democracy: Gender HIV/AIDS and Culture". In: Everatt, D.; Maphai, V. *The Real State of the Nation* (2003) Interfund: Johannesburg.

_____; MEER, Shamim. "'Citizens or Mothers' The Marginalisation of Women's Reproductive Rights in the struggle for access to reproductive health-care for HIV-positive pregnant women in South Africa". In: *Gender, Rights and Development: A Global Source Book*. (2008), KIT; OXFAM GB: The Netherlands.

BATEMAN, Chris. "Abortion practices undermining reformist laws" *South African Medical Journal*. Vol. 101, 2011, 302-304.

BEALL, Jo; HASSIM, Shireen; TODES, Alison. "'A bit on the side'?: Gender struggles in the politics of transformation in South Africa. *Transformation* 1989. Vol 21, p. 301-310.

BIRENBAUM, Joanne. "Abortion, Equality and Decisions concerning Reproduction". *South African Journal on Human Rights*. Vol. 19, 1996, p. 485-503.

BRADFORD, Helen. "Her Body, her life: 150 years of abortion in South Africa". Unpublished conference paper 'Women and Gender in Southern Africa' University of Natal, Durban, 1991.

BUDLENDER, Debbie; EVERATT, David. "How Many For and How Many Against? Private and Public Opinion on Abortion". *Agenda*. Vol. 40, 1999, p. 101-105.

CHIPKIN, Ivor; LEATT, Annie, "Religion and Revival in Post-Apartheid South Africa". *Focus*. Vol. 62, 2011, p. 39-46.

COPE, June. *A Matter of Choice: Abortion Law Reform in Apartheid South Africa*. Pietermarizburg: Hadeda Books, 1993.

DOMMISSE, G. "Current Attitudes of Members of SASOG to the Present Law on Abortion" *South African Medical Journal*. Vol. 74, 1990, p. 702-707.

FONN, Sharon; XABA, Makosazana; TINT, Kin San; CONCO, Daphne; VARKEY, Sanjani. "Reproductive Health Services in South |Africa: From Rhetoric to implementation". *Reproductive Health Matters*. Vol. 6, 1998, p. 22-32.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Riva. B. *Before Roe v. Wade. Voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court's ruling*. New Haven: Yale Law School.

HARRIES, Jane; LINCE, Naomi; CONSTANT, Debbie; HARGAY, A; GROSSMAN, Daniel. "The Challenges of offering second trimester abortion services in South Africa: Healthcare providers perspectives". *Journal of Biosocial Science*. Vol. 44, 2012, p. 197-208.

_____; STINSON, Kathryn; ORNER, Phyllis. "Healthcare providers' attitudes towards termination of pregnancy: A qualitative study in South Africa". *British Journal of Obstetrics and Gynaecology*. Vol. 9, 2009, p. 296.

_____; COOPER, Diane; STREBEL, Anna; COLVIN, Christopher "Conscientious Objection and its impact on abortion service provision in South Africa: A qualitative study". *Reproductive Health*. Vol. 11, part 16, 2014, p. 1-7.

_____; GERDTS, Caitlin; MOMBERG, Mariette; GREENE FOSTER, Diana. "An exploratory study of what happens to women who are denied abortions in Cape Town, South Africa" *Reproductive Health*. Published online 2015 Mar 21. doi: 10.1186/s12978-015-0014-y
http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4371847/

HARRISON, David. "An Overview of Health and Health care in South Africa 1994 – 2010: Priorities, Progress and Prospects for New Gains". A Discussion Document Commissioned by the Henry J. Kaiser Family Foundation to Help Inform the National Health Leaders' Retreat, Muldersdrift, January 24 26 2010

HANSSON, Desirée; RUSSELL, Diana E.H. "Made to Fail: The Mythical Option of Legal Abortion for Survivors of Rape and Incest" *South African Journal on Human Rights* 1993, Vol. 9, p. 500-524.

IZUGBARA, Chimaroake O., EGESA, Carolyne; OKELO, Rispah. "'High Profile health facilities can add to you trouble': Women, stigma and un/safe abortion in Kenya" *Social Science and Medicine*. Vol. 141, 2015, p. 9-18.

JEWKES, Rachel; BROWN, Helen; DICKSON-TETTEH, Kim; LEVIN, Jonathan; REES, Helen. "Prevalence of morbidity associated with abortion before and after legalisation in South Africa". *British Medical Journal*. Vol. 324, 2002, p. 1252-1253.

_____; REES, Helen; DICKSON, Kim; BROWN Heather; LEVIN Jonathan. "The impact of age on the epidemiology of incomplete abortions in South Africa after legislative change". *International Journal of Obstetrics and Gynaecology*. Vol. 122, March 2005a, p. 355-359.

_____; GUMEDE, T.; WESTAWAY, M. S.; DICKSON, Kim; BROWN, Helen; REES, Helen. "Why are women still aborting outside designated facilities in Metropolitan South Africa". *Britsih Journal of Obstetrics and Gynaecology.* Vol. 12, 2005b, p.1236-1242.
KLAUSEN, Suzanne M. "'Reclaiming the White Daughters' Purity'. Afrikaner Nationalism, Racialised Sexuality and the 1975 Abortion and Sterilisation Act in Apartheid South Africa". *Journal of Women's History.* Vol. 22, 2010, p. 39-63.
KLUGMAN, Barbara; VARNEY, Sanjani. "From policy development to policy implementation: The South African Choice on Termination of Pregnancy Act". In: KLUGMAN, Barbara; BUDLENDER, Debbie (eds.), *Advocating for abortion access: Eleven country studies.* (2001) The Johannesburg initiative, Women's Health Project, School of Public Health, University of the Witwatersrand.
LARSEN, L. "Induced Abortion". *South African Medical Journal.* Vol. 53, 1978, p. 853-854.
MAMABOLO, L.; TJALLINKS, J. "Experiences of registered nurses in one community health centre near Pretoria providing termination of pregnancy services". *African Journal of Nursing and Midwifery* Vol. 12, 2010, p. 73-86.
MYERS, Pat; PARKS, Briony; GREEN, Beryl; TURNER, Judy. "Experiences of Registered midwives assisting with termination of pregnancies at a tertiary level hospital'. *HealthSA* Vol. 10, 2005, p. 15-25.
NGWENA, Charles. "The History and Transformation of Abortion Law in South Africa". *Acta Academia* 1998, p. 32-68.
_____. "An Appraisal of Abortion Law in Southern Africa". *International; Comparative Health Law and Ethics.* Vol. 32, 2004, p. 708-717.
_____. "Inscribing abortion as a Human Right: Significance of the Protocol on the Rights of Women in Africa". *Human Rights Quarterly.* Vol. 32, 2011, 783-864.
ORNER, Phyllis; DE BRUYN, Maria; HARRIES, Jane; COOPER, Di. "A qualitative exploration of HIV positive pregnant women's decision-making regarding abortion in Cape Town, South Africa". *Journal of Social Aspects of HIV/AIDS.* Vol. 7, 2010, p. 44-51.
O'SULLIVAN, Michelle. "Reproductive Rights". In: WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2. ed. Juta and Co: Cape Town, 2008.
PETCHESKY, Rosalind. *Abortion and Women's Choice. The state, sexuality and reproductive freedom.* Boston: Northeastern University Press, 1993.
PICKLES, Camilla. "Lived Experiences of the Choice on Termination of Pregnancy Act 92 od 1996". *South African Journal on Human Rights.* Vol. 29, 2013, p. 515-535.
REES, Helen. 'Public Health and Reproductive Rights' *RRA* 2002, p. 15-17.
REES, Helen *et al*. "The epidemiology of incomplete abortion in South Africa". *South African Medical Journal.* Vol. 87, 1997 p. 432-437.
SARKIN, Jeremy. "Patriarchy and Discrimination in Apartheid South Africa's Abortion Law". *Buffalo Human Rights Law Journal*. Vol. 41, 1998, p. 69-82.
SEIDMAN, Gay. "Institutional Dilemmas. Representation versus Mobilization in the South African Gender Commission". *Feminist Studies* Vol. 29, 2003, p. 541-563.
SHWENI, PM. MARGOLIS, J.; MONOKOANE, TS. 'Abortions: the King Edward VIII hospital experience". *O & G Forum* Vol. 2:2, July 1992, p. 27-33
SIEGEL, Riva 'The Constitutionalization of Abortion' in COOK, Rebecca. ERDMAN, Joanna; DICKENS, Bernard. *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.
SILLIMAN, Jael, GERBER FRIED, Marlene, ROSS, Loretta, GUTIERREZ, Elena R. *Undivided Rights. Women of Colour organise for Reproductive Justice* Ross. South End Press, 2004.
SUTTNER, Raymond. 'Crisis of South Afrucan Liberation. In and Beyond the Zuma Era' Studies on Political Parties and Democracy, edited by the Friedrich Ebert Stiftung, Mozambique. 2010, <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31122584/ANC_STUDY_-_FES_2010_review2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1438882896&Signature=%2BPOB8pf7tonouGSSL2KRDE5yp%2FM%3D&response-content-disposition=inline> accessed 6 August 2015.
TRUEMAN, Karen; MAWENTSHU, Makgoale. "Abortion in a progressive legal environment: The need for vigilance in protecting and promoting acees to safe aortion services in South Africa". *American Journal on Public Health.* Vol. 103, March 2013, p. 397-399.
VARKEY, Sanjani; FONN, Sharon. "Termination of Pregnancy". *South African Health Review.* 1999, p. 357-368.

Other literature

African National Congress. *A National Health Plan for South Africa*, 1994.
_____. 'Ready to Govern: ANC Policy Guidelines for Democratic South Africa'. 1992. <http://www.anc.org.za/show.php?id=227> accessed 25 July 2015.

_____. Constitutional Committee. *A Bill of Rights for South Africa*. May 1992.
_____. Women's League "Health Sector. Gender Empowerment for radical socio-economic transformation". 2015. Policy document. <http://www.anc.org.za/docs/discus/2014/healthx.pdf> Accessed 5 August 2015.
BROWN, Heather. "The National Incomplete Abortion Study. South Africa 2000" in Reproductive Rights Alliance *Barometer* 2000.
DLAMINI, Babathile. "The ANC's approach to abortion" speech at the opening of the Reproductive Health Rights Conference, 10 June 2014. <http://www.politicsweb.co.za/documents/the-ancs-approach-to-abortion—bathabile-dlamini>. Accessed 25 July 2015.
FARBER, Tanya. "Baby dumping on the rise in W Cape". IOL online, March 31 2012. <http://www.iol.co.za/news/south-africa/western-cape/baby-dumping-on-the-rise-in-w-cape-1.1267814#.VjcrK6MaL4Y>.
HEALTH SYSTEMS TRUST. *South African Health Review*. 1995, Health Systems Trust and Henry J Kaiser Foundation.
_____. 'TOPs (Terminations of Pregnancy)'. Undated, <http://indicators.hst.org.za/healthstats/47/data>. Accessed 25 July 2015.
HODES, Rebecca. 'Abortion in South Africa: a conspiracy of silence' Daily Maverick, South Africa. <http://www.dailymaverick.co.za/article/2013-09-30-abortion-in-south-africa-a-conspiracy-of-silence/#.VcGz5qMaL4Y>. Accessed 1 August 2015.
MOORE, Jina; ELLIS, Estelle. "In South Africa, a Liberal Abortion Law Doesn't Guarantee Access". <http://pulitzercenter.org/south-africa-illegal-liberal-abortion-law-access-guarantee-rights-reproductive-health>. Accessed 25 July 2015.
IPAS. "Submission on the Choice on Termination of Pregnancy Act". 2007 – on file with author.
_____. "IPAS South Africa: Nearly Two Decades of Saving Women's Lives'. 2014. <http://www.google.co.za/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&ved=0CC4QFjADahUKEwjl8fGnzfHIAhWJtBoKHXg5Dh8&url=http%3A%2F%2Fwww.ipas.org%2F~%2Fmedia%2FFiles%2FSouth-Africa%2FSA%2520overview.ashx%3Fla%3Den&usg=AFQjCNHkfEMSMxkncjm2rgIaa2pSj2tV8A>. Accessed 1 November 2015.
REPRODUCTIVE RIGHTS ALLIANCE. "Submission to the Portfolio Committee on Health on The Termination of Pregnancy Bill". 1996, on file with author.
_____. "Chairperson's Report to Members Meeting." December 2007, on file with author.
RRA BAROMETER "Undercounted as Gauteng excluded". Vol. 7, May 2002. <http://www.hst.org.za/sites/default/files/RRAbarometer_may2002.pdf>.
SMYTHE, John. "Moving Towards Improvement in SA Abortion Legislation. Undated. <http://www.justicealliance.co.za/download/art-SA%20Abortion%20Legislation.pdf>. Accessed 1 November 2015.
STEVENS, Marion. "Op-Ed: Womandla! Who can lead the ANC Women's League?" *Daily Maverick*. 6 August 2015.http://www.dailymaverick.co.za/article/2015-08-06-op-ed-womandla-who-can-lead-the-anc-women's-league/#.VcM_pvmqqko accesssed 6th August 2015.
WORLD HEALTH ORGANISATION (WHO). "Unsafe abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008". 2008.
ZUMA, Jacob. "State of the Nation Address", 2015. http://www.gov.za/president-jacob-zuma-state-nation-address-2015. Accessed, 5 August 2015.

Official documents

Christian Lawyers Association v Minister of Health 1998 11 BCLR 143 (T).
Christian Lawyers Association v Minister of Health 2005 1 SA 509 (T).
DEPARTMENT OF HEALTH. *Annual Report of the Department of Health*. 1975.
HANSARD, House of Assembly Debates, 1973.

Cathi Albertyn

Johannesburg – South Africa
cathi.albertyn@wits.ac.za

Professor of undergraduate and postgraduate courses on public law and human rights at the University of the Witwatersrand, School of Law.

BA LLB from the University of Cape Town and M.Phil and PhD from Cambridge University in the UK.

RECEBIDO EM 30.07.2015 | APROVADO EM 04.11.2015

A DEFENSORIA PÚBLICA E O RECONHECIMENTO DAS DIFERENÇAS: POTENCIALIDADES E DESAFIOS DE SUAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS EM SÃO PAULO

Vanessa Alves Vieira e Clio Nudel Radomysler

THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND THE RECOGNITION OF DIFFERENCES: POTENTIALITIES AND CHALLENGES OF ITS INSTITUTIONAL PRACTICES IN SÃO PAULO

RESUMO

A análise visa identificar o papel da Defensoria Pública na promoção do reconhecimento às diferenças. Será apresentado o contexto normativo para a proteção de grupos estigmatizados pela instituição e, com base na formulação teórica de Nancy Fraser, uma proposta de caracterização desses grupos. Em seguida, serão analisados desafios e possibilidades de práticas institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo que podem favorecer o reconhecimento das diferenças: os Núcleos Especializados, as ações afirmativas, a produção de dados e os mecanismos de participação popular. A partir dessa análise, será possível construir a hipótese de que apesar de o foco das atribuições da Defensoria Pública ser atender àqueles carentes de recursos econômicos, o não reconhecimento de diferenças produz obstáculos ao acesso à justiça e à paridade participativa, que devem ser enfrentados pela instituição. Há muitos desafios a serem enfrentados para o reconhecimento das diferenças nas práticas institucionais da Defensoria Pública. Uma reflexão profunda sobre o tema é necessária. A proposta deste artigo é apenas iniciá-la.

PALAVRAS-CHAVE

Defensoria Pública; reconhecimento; paridade participativa; grupos sociais estigmatizados; acesso à justiça; práticas institucionais.

ABSTRACT

This essay intends to investigate the role of the Public Defender's Office in promoting the recognition of difference. The normative context for the protection of stigmatized groups and a proposal for the characterization of these groups in accordance with Nancy Fraser's theory will be presented. Subsequently, the challenges and Public Defender's Office institutional practices that may be favorable to the recognition of differences such as Specialized Centers Offices, affirmative action, data production and the means for public participation will be analyzed. Based on this analysis, it will be possible to raise the hypothesis that although the aim of the Public Defender's Office is to work for those who lack sufficient financial resources, the non-recognition creates obstacles to the access of justice and to participatory parity that must be overcome by the institution. There are many challenges to be faced in order to have the recognition of difference in the Public Defender's Office institutional practices. An in-deep reflection over this subject is mandatory. The main objective of this article is to instigate it.

KEYWORDS

Public Defender's Office; recognition; participatory parity; stigmatized social groups; access to justice; institutional practices.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201520

Introdução

Inicialmente, convém apontar, como premissa metodológica, dois pontos de partida para a reflexão realizada neste artigo: a experiência de uma das autoras como defensora pública e Coordenadora do Núcleo Especializado de Combate a Discriminação, Racismo e Preconceito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), apresentada no Seminário "Gênero, raça e pobreza: a abordagem de múltiplas identidades pelo Direito", ocorrido em São Paulo, de 12 a 14 de novembro de 2014; e a iniciação científica sobre a atuação do mesmo Núcleo, realizada pela outra autora, em 2013.[1]

A criação e o fortalecimento do Núcleo de Combate a Discriminação da DPESP representam um importante reflexo do novo dimensionamento dado à Defensoria Pública nos últimos anos, fortalecido pela promulgação da Lei Complementar n. 132/2009, que trouxe contornos normativos inéditos à atuação do órgão.

Sem retirar o compromisso da instituição com a assistência jurídica de pessoas de baixa renda, a LC n. 132/2009 valoriza uma atuação preventiva e voltada para a promoção dos direitos humanos. Dentre as inovações, inclui-se o registro explícito do objetivo institucional de defesa dos direitos de pessoas vítimas de discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência (inciso XVIII do art. 4º da LC n. 80/94, alterado pela LC n. 132/2009).

O Núcleo de Combate a Discriminação tem como missão combater qualquer forma de discriminação, racismo e preconceito. Um de seus objetivos é propor medidas judiciais e extrajudiciais para a tutela de interesses individuais e coletivos de grupos sociais discriminados.

O surgimento do Núcleo de Combate a Discriminação também decorre de um contexto contemporâneo em que a afirmação das diferenças – étnicas, raciais, de gênero, orientação sexual, religiosas, entre outras – vem adquirindo cada vez mais visibilidade.

Conforme Nancy Fraser, "a 'luta por reconhecimento' está rapidamente se tornando a forma paradigmática de conflito político no final do século XX" (FRASER, 2006, p. 231). A gramática dos direitos humanos, concebidos classicamente nos termos da proteção dos direitos individuais em face do poder abusivo dos Estados, passa a contemplar não só a dupla dimensão dos direitos civis e políticos, e sociais, econômicos e culturais, como também a envolver, de modo crescente, a proteção de grupos sociais específicos, como mulheres, negros e a população LGBT, reconhecendo as especificidades de suas demandas (VIANNA, 2012, p. 209).

Apesar da recente consolidação da Defensoria Pública como instituição responsável pela promoção dos direitos humanos e das crescentes demandas por reconhecimento que caracterizam o contexto atual, o Núcleo Especializado de Combate a Discriminação, Racismo e Preconceito da DPESP encontra muitas vezes dificuldades e até mesmo resistências institucionais para a defesa dos interesses dos grupos discriminados socialmente. Além da dificuldade de compreensão da importância de

políticas institucionais direcionadas a grupos específicos, há acentuada preocupação em se atrelar a defesa de grupos estigmatizados socialmente à insuficiência de recursos das pessoas integrantes desses grupos. A possibilidade de realizar ações judiciais e extrajudiciais em defesa de vítimas de discriminação ou de outras violências que não são carentes de recursos econômicos é, muitas vezes, questionada. Não há consenso sobre a necessidade de práticas institucionais destinadas ao enfrentamento da discriminação, como, por exemplo, a implementação de ações afirmativas no âmbito da Defensoria Pública e a inclusão do quesito raça/cor nas fichas de atendimento a presos provisórios.

Uma ampla articulação da sociedade civil foi necessária para que cotas raciais fossem aprovadas nos concursos de ingresso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. A importância do quesito raça/cor nas fichas de atendimento a presos provisórios foi questionada por supostamente não contribuir para a defesa processual dos usuários.

Observa-se que ainda é incipiente a reflexão sobre o papel da Defensoria Pública na efetivação de demandas por reconhecimento das diferenças. Diante desse cenário, as indagações propostas neste artigo são: qual o contexto normativo que legitima a proteção de grupos estigmatizados socialmente pela Defensoria Pública? O que faz esses grupos terem necessidade de um olhar específico nas práticas institucionais? Devem eles ser protegidos independentemente da ausência de recursos econômicos? Quais possíveis práticas institucionais podem favorecer a efetivação do reconhecimento das diferenças pela Defensoria Pública?

Inicialmente, será descrito o contexto normativo para a proteção de grupos estigmatizados socialmente pela Defensoria Pública. Em seguida, a partir da concepção ampla de justiça de Nancy Fraser, será proposta uma forma de identificação dos grupos pelos quais o órgão deve atuar. Por fim, serão analisados desafios e possibilidades de práticas institucionais que podem favorecer o reconhecimento das diferenças, especialmente no âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

1 Contexto normativo para a proteção de grupos sociais estigmatizados

A Defensoria Pública consiste no mecanismo estabelecido pela Constituição da República para a efetivação da "assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXIV).

A Constituição não indica critérios para a definição do termo *insuficiência de recursos*, utilizando apenas outro conceito, de *necessitados*, para definir o público-alvo da atuação da Defensoria Pública. No entanto, a perspectiva de acesso à justiça que acompanhou a criação da instituição é marcadamente voltada para o atendimento de demandas individuais de cidadãos de baixa renda.

Conforme a metáfora de "ondas" elaborada por Cappelletti e Garth, a criação da Defensoria Pública pode ser considerada uma reforma de acesso à justiça própria

da "primeira onda", de "ajuda legal para os pobres" (SANCHEZ FILHO, 2001, p. 243). As principais questões na época não eram a expansão do Estado Social e a necessidade de se tornarem efetivos os direitos conquistados principalmente a partir dos anos 1960 pelas "minorias" étnico-raciais e sexuais. O foco das políticas e estudos sobre acesso à justiça no Brasil nos anos 1980 era a necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso, em razão da histórica marginalização socioeconômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-1964 (JUNQUEIRA, 1996, p. 390).

Nesse sentido, a definição constitucional de *necessitados* faz alusão ao critério econômico como elemento marcante dessa condição. A política pública de "assistência jurídica integral e gratuita" teria, assim, características essencialmente redistributivas, ou seja, visaria propiciar instrumentos de reivindicação de direitos àqueles carentes de recursos econômicos, para que atinjam patamar de proteção similar àqueles que possuem esses recursos.

A partir das reformas no Judiciário que se iniciaram com a Emenda Constitucional n. 45/2004, um novo dimensionamento foi dado à Defensoria Pública, mais alinhada a uma perspectiva inovadora de serviço legal.[2] A instituição deve ainda realizar o trabalho do qual se originou: o atendimento às necessidades individuais do cidadão de baixa renda nos processos judiciais. No entanto, mudanças legislativas passam a priorizar uma atuação institucional pautada na promoção dos direitos humanos, na defesa de interesses coletivos, no atendimento multidisciplinar, na resolução extrajudicial de demandas, e na educação em direitos (BURGUER; BALBINOT, 2011).

A EC n. 45/2004 assegurou autonomia funcional e financeira às Defensorias Estaduais, incluindo-se iniciativa de proposta orçamentária. A Lei n. 11.448/2007 legitimou a atuação da Defensoria na proteção de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos conferindo-lhe legitimidade para a propositura de ações civis públicas. A Lei Complementar n. 132/2009, por sua vez, alterou o art. 3º da Lei Complementar n. 80/94, para incluir como objetivos da Defensoria Pública "a primazia da dignidade humana e a redução das desigualdades sociais"; a "afirmação do Estado Democrático de Direito"; e a "prevalência e efetividade dos direitos humanos". Recentemente, a Emenda Constitucional n. 80/2014 alterou o art. 134, tornando mais explícitas as atribuições da Defensoria Pública "como expressão e instrumento do regime democrático" e de "promoção de direitos humanos".

A LC n. 132/2009 também estabeleceu como funções institucionais do órgão: "exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado" (art. 4º, XI, da LC n. 80/94) e "atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o

atendimento interdisciplinar das vítimas" (art. 4º, XVIII, da LC n. 80/94).

Após essas reformas legislativas, concretiza-se a inserção da Defensoria Pública em outro paradigma normativo que supera aquele atrelado ao conceito de necessitado por insuficiência de recursos financeiros e o exercício de serviços jurídicos atrelados a processos individuais.

Por um lado, a Defensoria deve exercer, sim, suas atribuições em favor dos pobres, especialmente em sua defesa, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, de modo individual e coletivo. Pode-se até identificar a redistribuição como objetivo primordial da Defensoria Pública e fundamento primário de sua existência e atuação. Afinal, ainda há muitos obstáculos de caráter econômico na sociedade brasileira para o acesso à justiça e as desigualdades socioeconômicas no país continuam gritantes.

Por outro lado, em conformidade com o novo paradigma institucional da Defensoria Pública de promoção de direitos humanos, inegável que está inserida a atuação em favor dos grupos estigmatizados socialmente e das pessoas vítimas de discriminação.

São tratados inclusive em incisos distintos, no art. 4º da LC n. 80/1994, a defesa dos necessitados, hipossuficientes econômicos, e a proteção de grupos especiais. A normativa analisada parece, assim, informar que a situação de vulnerabilidade afasta a necessidade de se perquirir sobre a necessidade econômica, o que deve ser, porém, analisado mais profundamente.

2 Caracterização dos grupos sociais estigmatizados atendidos pela Defensoria Pública

Nancy Fraser parece oferecer, com sua concepção ampla de justiça, subsídios válidos para a determinação dos grupos que devem ser alvo da atuação da Defensoria Pública e da forma que esse órgão deve atuar para a proteção de grupos subalternizados. Suas considerações sobre os remédios para as distintas formas de injustiça parece ser enquadramento teórico interessante para analisar a Defensoria Pública como política pública de assistência jurídica gratuita.

A autora diferencia, no âmbito das demandas legítimas por justiça social, as propostas fundadas na redistribuição daquelas baseadas no reconhecimento. O primeiro caso corresponde à dimensão econômica da justiça, relacionada à estrutura de classe da sociedade. No segundo caso, o problema é da ordem de *status*, que corresponde à sua dimensão cultural[3] (FRASER, 2007, p. 101-102).

Fraser afirma que "impor uma escolha disjuntiva entre a política de redistribuição e a política de reconhecimento é apresentar uma falsa antítese" (FRASER, 2008, p. 188). Para a autora, "o conceito de justiça deve incluir distribuição e reconhecimento como duas dimensões mutuamente irredutíveis" (FRASER, 2007, p. 120).

Ainda segundo Fraser, independentemente de ser uma questão de distribuição ou reconhecimento, o mesmo critério geral serve para distinguir reivindicações justificadas

das não justificadas: *a paridade participativa,* ou seja, a possibilidade de participar na vida social em condição de igualdade com os outros (FRASER, 2007, p. 125). Os reivindicantes devem demonstrar que: "os arranjos econômicos existentes lhes negam as necessárias condições objetivas para a paridade participativa" ou ainda que "os padrões institucionalizados de valoração cultural lhes negam as condições intersubjetivas necessárias" (FRASER, 2007, p. 125).

O mesmo critério também auxilia na avaliação dos remédios propostos contra as injustiças: deve-se refletir se as mudanças sociais almejadas são aptas a promover, de forma efetiva, a paridade de participação, sem acentuar significativamente outras diferenças (FRASER, 2007, p. 126).

O conceito instrumental de Fraser pode explicar por que a demanda de grupos já hegemônicos na sociedade não passa pelo crivo da reivindicação justa. É o caso das recorrentes reivindicações pelo "Orgulho Hétero", "Orgulho Branco", "Dia da Consciência Branca", "Dia do Homem" etc. Como esses grupos já possuem participação social plena, suas demandas não visam promover a paridade participativa, que já existe.

Raciocínio semelhante pode ser utilizado quando se analisam os critérios para enquadramento de uma pessoa como usuário dos serviços da Defensoria Pública.

No modelo atualmente vigente, a definição dos critérios de quem é o público usuário das Defensorias Públicas Estaduais cabe a cada instituição. No entanto, de acordo com o III Diagnóstico da Defensoria Pública, "está havendo uma tendência, a fixarem em até 3 salários mínimos o critério de renda para ser atendido pela Defensoria Pública" (BRASIL, 2009, p. 181).

A utilização apenas do critério de renda, entretanto, não é capaz de incluir todas as demandas legítimas por justiça em termos de paridade participativa. Grupos estigmatizados socialmente enfrentam obstáculos ao acesso à justiça que não serão identificados nem enfrentados pela instituição se apenas esse critério for observado. Conforme Fraser, demandas por reconhecimento não são simplesmente uma questão de atitudes preconceituosas que resultam em danos psicológicos, mas uma questão de padrões institucionalizados de valor cultural que impedem a igual participação na vida social (FRASER, 2008, p. 179).

Um importante exemplo é o caso das mulheres vítimas de violência doméstica. A violência doméstica decorre de um não reconhecimento específico de gênero, que interpreta mulheres como "outras subordinadas", que "não podem participar como iguais na vida social" (FRASER, 2006, p. 233-234). A mulher vitimada pela violência doméstica, independentemente de seus recursos econômicos, encontra-se em situação de vulnerabilidade para exigir seus direitos.

Conforme proposta de revisão das hipóteses de denegação de atendimento pela Defensoria Pública, elaborada pelo Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo[4]:

> Não obstante a atual necessidade de se delimitar o público-alvo destinatário dos serviços prestados pela Instituição, por meio de critérios que reflitam a insuficiência de recursos, é de se considerar que a mulher vitimada pela violência encontra-se em situação de patente vulnerabilidade, alcançando inclusive a suas possibilidades de gozo de quaisquer recursos que em condições normais estariam ao seu alcance, o que justifica o tratamento específico e humanizado para impedir a constrição de seus direitos e garantias fundamentais.

Outro exemplo é o caso de um jovem de classe média que é abordado de forma abusiva por policiais na volta da escola para sua casa. Conforme Fraser, a injustiça em torno do conceito de raça tem uma face cultural-valorativa e uma face econômico-política, e ambas se reforçam uma a outra (FRASER, 2006, p. 236). A atuação da Defensoria poderia contribuir, por um lado, para enfrentar o padrão cultural que associa a população negra à criminalidade e impede a participação dos negros como iguais na vida social; por outro lado, o estereótipo que associa negritude à criminalidade dificulta a ascensão econômica da população negra e favorece a manutenção das desigualdades raciais contemporâneas. A atuação da Defensoria Pública, portanto, poderia promover a igualdade racial também em termos de redistribuição.

Nesse sentido, pode-se questionar: seria razoável e necessário exigir comprovação de hipossuficiência de recursos de vítimas de tortura, de discriminação, de violência doméstica, exigindo-se que elas buscassem, por si, a contratação de serviços privados? Não parece que essa seja a postura institucional que mais se coaduna com a efetivação ampla da justiça e com a promoção de direitos humanos exigida constitucionalmente como função da Defensoria Pública. Deve-se talvez incluir uma cláusula ampla, como vulnerabilidade social, que possibilite ao defensor uma análise mais aprofundada da situação daquele que busca a Defensoria Pública. Já há hipóteses, por exemplo, nas quais a análise da necessidade econômica é substituída pela análise da necessidade jurídica, como é o caso do curador especial (art. 9º, II, do Código de Processo Civil) e o defensor dativo no processo penal (art. 265 do Código de Processo Penal).

No entanto, em face do cenário brasileiro marcado por desigualdades e exclusões, a Defensoria Pública não conta com recursos humanos e materiais para dar conta de todas as demandas legítimas por justiça social (SANTOS, 2007, p. 34-35). Conforme a pesquisa "Mapa da Defensoria Pública no Brasil": em 72% dos locais que possuem ao menos um juiz, a população acima de 10 anos com rendimento mensal até 3 salários mínimos não tem o seu direito de acesso gratuito à justiça garantido por um defensor público (MOURA, 2013, p. 70).

Em um contexto de recursos escassos, é necessária a eleição de prioridades para assegurar o acesso à justiça da forma mais ampla possível. Nesse sentido, devemos

pensar principalmente no equilíbrio entre rigidez/objetividade (renda) e flexibilidade/subjetividade (outras vulnerabilidades) para definir os critérios de enquadramento para o atendimento judicial ou extrajudicial das demandas individuais.

No caso das atuações coletivas, a comprovação da insuficiência de recursos parece ser menos preponderante, já que, nesses casos, a atuação é em prol de grupos, que podem conter pessoas economicamente hipossuficientes ou não.[5] Essas demandas têm um potencial maior de causar grande impacto na sociedade. Possibilidades das ações coletivas são evidenciadas no voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943 em que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu por unanimidade a constitucionalidade da atribuição da Defensoria Pública para propor ação civil pública:

> A constatação de serem normalmente mais graves as lesões coletivas, aliada à circunstância de tender o tempo gasto em processos coletivos a ser menor, evidencia que a opção por ações coletivas racionaliza o trabalho pelo Poder Judiciário e aumenta a possibilidade de assegurar soluções uniformes e igualitárias para os diferentes titulares dos mesmos direitos, garantindo-se não apenas a eficiência da prestação jurisdicional, a duração razoável do processo e a justiça das decisões, que se igualam em seu conteúdo sem contradições jurisprudenciais não incomuns em demandas individuais. (STF, Tribunal Pleno, ADI 3.943, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 7/5/2015, acórdão eletrônico)

O STF, no julgamento da mesma ADI, adotou o conceito amplo de necessitados para o processo coletivo, incluindo os "socialmente vulneráveis" e "carentes organizacionais".[6] Conforme o voto da Min. Cármen Lúcia:

> Condicionar a atuação da Defensoria Pública à comprovação prévia da pobreza do público-alvo diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública (conforme determina a Lei n. 7.347/1985) parece-me incondizente com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, menos ainda com a norma do art. 3º da Constituição da República. (STF, Tribunal Pleno, ADI 3.943, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 7/5/2015, acórdão eletrônico)

Um exemplo de atuação paradigmática nesse sentido foi o ingresso, pelo Núcleo de Combate a Discriminação da DPESP, de ação civil pública por danos morais coletivos contra Levy Fidelix e o Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB). Fidelix proferiu declarações homofóbicas durante debate entre os candidatos à Presidência da República em 2014. Na sentença, a juíza Flávia Poyares Miranda, da 18ª Vara Cível do

Foro Central da Capital, reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para a proposição da ação civil pública e condenou Fidelix e o seu partido ao pagamento de R$ 1 milhão por danos morais. Além disso, determinou a realização de um programa, com a mesma duração da declaração anterior do ex-candidato, que promovesse os direitos da população ofendida.

Dessa forma, a Defensoria Pública, numa atuação estratégica, talvez deva priorizar a forma coletiva de tutela dos direitos dos grupos que buscam paridade participativa, dispensando uma análise rígida quanto à insuficiência de recursos, como já autorizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

3 Práticas institucionais que favorecem o reconhecimento das diferenças

Afirmado o contexto normativo que legitima a proteção de grupos estigmatizados socialmente, e uma forma de identificá-los, este artigo buscará apontar práticas institucionais que criam condições favoráveis ao reconhecimento das diferenças, especialmente no âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Não se quer, de modo algum, desconsiderar outras práticas institucionais da DPESP que podem ser importantes para o combate às diferentes injustiças sociais. No entanto, tendo em vista que historicamente a Defensoria Pública tem enfatizado sua função universalista, convém, no atual momento, de inúmeras reivindicações de grupos estigmatizados, refletir sobre suas práticas voltadas ao reconhecimento de diferenças.

Para Fraser, numa concepção pragmática, os remédios às diferentes injustiças devem ser concretizados, em conformidade com as injustiças a serem reparadas, ora sendo necessária a ênfase à igualdade, ora sendo imprescindível o destaque às diferenças (FRASER, 2007, p. 120). O objetivo, portanto, é apenas destacar determinadas práticas institucionais que possibilitam uma maior atenção às especificidades de determinados grupos e maior visibilidade às violações que sofrem, de modo particular. Grande parte das informações trazidas nesta parte do artigo decorre da vivência de uma das autoras como Coordenadora do Núcleo de Combate a Discriminação, Racismo e Preconceito da DPESP. No entanto, houve a preocupação de se apresentar informações que podem também ser acessadas pelo público geral, seja por meio do *site* da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, seja pessoalmente, por meio de pedidos de informações aos órgãos respectivos.

3.1 Núcleos Especializados

A Lei Complementar n. 80/94 traz alusão superficial aos Núcleos Especializados. Sugere, utilizando o termo "poderá", para a Defensoria Pública dos Estados, a atuação por intermédio dos Núcleos Especializados, que devem exercer suas funções,

de modo prioritário, nas regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Coube às Defensorias Públicas a função de melhor explicitar os objetivos dos Núcleos Especializados em suas leis complementares fundadoras. No Estado de São Paulo, a Lei Complementar Estadual n. 988/2006, em seu art. 52, deu caráter permanente aos Núcleos Especializados e atribuiu-lhes a função de "suporte e auxílio no desempenho da atividade funcional dos membros da instituição".

Inicialmente, foi apontada pela lei a organização dos Núcleos em torno dos seguintes temas, sem prejuízo de outros: "interesses difusos e coletivos", "cidadania e direitos humanos", "infância e juventude", "consumidor e meio ambiente", "habitação e urbanismo", "situação carcerária", "segunda instância e tribunais superiores". Hoje, de fato, estão em operação todos os temas mencionados exceto o de "interesses difusos e coletivos". Foram, ainda, criados, além dos legalmente indicados, os Núcleos de "promoção e defesa dos direitos da mulher", "combate à discriminação, racismo e preconceito" e "direitos do idoso e da pessoa com deficiência".

No Estado de São Paulo, o Regimento Interno dos Núcleos Especializados da Defensoria Pública Estadual (Deliberação n. 38/2007) amplia ainda mais as funções legalmente imputadas a esses órgãos. Em seu art. 3º, estabelece inúmeras atribuições: compilar e remeter informações técnico-jurídicas aos defensores públicos; propor medidas judiciais e extrajudiciais para tutela de interesses individuais, coletivos e difusos; realizar e estimular o intercâmbio com entidades públicas e privadas; coordenar o acionamento de Cortes Internacionais; contribuir para a definição das ações voltadas à implementação do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública; realizar educação em direitos, nas respectivas áreas de especialidade; contribuir no planejamento, elaboração e proposição de políticas públicas que visem reduzir as desigualdades sociais, no âmbito de suas áreas de especialidade; apresentar e acompanhar propostas legislativa, entre outras.

O fortalecimento dos Núcleos Especializados representa um importante reflexo do novo dimensionamento dado à Defensoria Pública. Os Núcleos, ao contrário dos demais órgãos da instituição, não são condicionados a prestar assistência judiciária para todas as demandas recebidas, pois têm como objetivo solucionar problemas sociais específicos. Por conta de seu fim último, a transformação social em determinadas áreas possui uma liberdade maior de trabalho, podendo selecionar seus casos e alocar recursos de acordo com seus objetivos. Além disso, a atuação dos Núcleos não se limita apenas aos órgãos judiciais, mas também envolve os formuladores de políticas públicas e de processos legislativos, os formadores de opinião e a sociedade em geral. Assim, devem utilizar diferentes técnicas legais, políticas e sociais (RADOMYSLER, 2015, p. 280).

O desenho institucional que conta com Núcleos Especializados para o suporte e auxílio aos demais órgãos da Defensoria Pública traz a possibilidade de que as

diferenças dos grupos sociais estigmatizados sejam explicitadas e reconhecidas no âmbito da instituição. Por meio dos Núcleos Especializados, questões específicas a esses grupos, que poderiam ficar relegadas na atuação ordinária da Defensoria Pública, são postas em destaque. Além disso, os demais órgãos da Defensoria Pública, ao se depararem com questões próprias de determinados grupos, buscam o suporte dos Núcleos Especializados para a prestação de um atendimento efetivo, qualificado e atento às diferenças.

Exemplos dessa atuação dos Núcleos Especializados são as audiências públicas realizadas pelos Núcleos com o objetivo de aprimorar a atuação da instituição e dar visibilidade para demandas específicas. O Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da DPESP realizou, no dia 19 de agosto de 2015, uma audiência pública para debater a política de atendimento à mulher em situação de violência familiar e doméstica. O evento contou com representantes do movimento feminista e da rede de acolhimento às mulheres vítimas de violência.[7] Em 4 de outubro de 2013, o Núcleo Especializado de Combate a Discriminação promoveu audiência pública sobre "Saúde de travestis, transexuais e transgêneros".[8]

Os Núcleos cumprem, assim, um papel de facilitar a interlocução entre os grupos sociais organizados em torno de pautas relacionadas ao reconhecimento e a Defensoria Pública. Conforme a pesquisa "Advocacia de interesse público no Brasil", para entidades de defesa de direitos, os Núcleos Especializados são um dos canais mais frequentes e efetivos de interação da instituição com a sociedade civil:

> Os entrevistados assinalaram que a existência de núcleos e câmaras temáticas favorece muito a relação da entidade com a Defensoria Pública. Tais núcleos facilitam a interação na medida em que, ao se especializarem em certos temas, acabam se familiarizando com problemas mais relevantes naquela área, aperfeiçoam as melhores estratégias de atuação judicial e potencialmente ficam mais próximos dos atores sociais ligados àquela questão. (RODRIGUEZ, 2013, p. 98)

Pode também ser destacada a atribuição dos Núcleos em realizar educação em direitos como uma prática que favorece o reconhecimento das diferenças pela instituição. Por meio da produção de cartilhas e *folders*, da realização, em parceria com a sociedade civil, de eventos e capacitações, e do mapeamento da rede de serviços públicos, o Núcleo busca promover a democratização do conhecimento sobre o funcionamento do sistema de justiça, contribuindo para que grupos estigmatizados possam identificar situações de violações e lutar pela efetivação de direitos.

Os Núcleos são ainda um espaço privilegiado para que se busque uma atuação que leve em conta a interseccionalidade (articulação entre as categorias gênero, raça/etnia, classe, geração, entre outras), pois uma das suas atribuições é realizar ações conjuntas

com diferentes Núcleos Especializados; a intersetorialidade, realizando ações integradas entre diferentes setores responsáveis por políticas públicas; e a interdisciplinaridade, contando com uma equipe técnica formada por assistentes sociais, defensores e psicólogos.

Como o objetivo dos Núcleos Especializados é combater problemas sociais marcados por especificidades, também podem ser os principais agentes da Defensoria responsáveis por uma atuação voltada para causas de grande impacto social e para a tutela coletiva de direitos.

O Núcleo de Combate a Discriminação da DPESP, em conjunto com a Comissão da Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil em São Paulo e com a Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, apresentou, por exemplo, ao Conselho Estadual de Educação de São Paulo (CEE-SP) uma proposta de inclusão do nome social de travestis e transexuais nos registros escolares das instituições do sistema de ensino paulista. Após a atuação do Núcleo, o CEE-SP aprovou uma deliberação sobre o tema, que foi homologada pela Secretaria de Estado da Educação. A proposta apresentada foi realizada com base em estudos e atendimentos realizados pela equipe técnica do Núcleo desde 2012, que indicavam a evasão escolar de jovens travestis e transexuais em função das discriminações sofridas no ambiente escolar.

É importante ressaltar que a presença de psicólogos e assistentes sociais nos Núcleos possibilita o esclarecimento dos diversos pontos nodais da situação de vulnerabilidade dos assistidos durantes os atendimentos, bem como a constatação de falhas específicas por parte de políticas públicas.

Outro exemplo dessas possibilidades foi o envio de ofício a vereadores da cidade de São Paulo solicitando a permanência dos termos "gênero" e "diversidade sexual" no Plano Municipal de Educação. Essa estratégia foi elaborada em conjunto pelos Núcleos Especializados de Combate a Discriminação, Racismo e Preconceito e de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da DPESP, em parceria com o Núcleo de Estudos sobre Marcadores Sociais da Diferença (NUMAS) da Universidade de São Paulo.[9]

Por conta do amplo objetivo de transformação social em áreas específicas e de suas diferentes atribuições, os Núcleos se posicionam como órgãos que buscam a repressão de condutas discriminatória e a erradicação de estigmas, estereótipos e preconceitos do imaginário social, assegurando direitos e acesso a bens sociais. Todas essas características fazem com que os Núcleos sejam uma prática institucional que pode contribuir para o reconhecimento das diferenças na Defensoria Pública.

Com relação a dificuldades que podem ser apontadas sobre os Núcleos Especializados, conforme a pesquisa "Advocacia de interesse público no Brasil":

> Muitos entrevistados apontaram como uma mudança necessária na instituição o aumento do número de defensores e a ampliação e melhoria

> de sua estrutura de atendimento. Em alguns lugares, a deficiência de pessoal, a sobrecarga de trabalho e a falta de estrutura da Defensoria Pública é tão grande que chega a comprometer a relação da entidade com as entidades da sociedade civil. Alguns entrevistados relataram a impossibilidade de se relacionar com a instituição na medida em que ela não dava conta nem de atender os casos que chegavam a ela. (RODRIGUEZ, 2013, p. 97)

Os Núcleos Especializados possuem inúmeras atribuições e recebem uma grande quantidade de demandas de difícil solução. Não possuem recursos materiais e humanos para realizar todas as suas atribuições institucionais.

Apesar de a maioria das Defensorias Públicas atuar em todas as áreas, as áreas de direitos humanos e direitos coletivos são as com o menor número de Defensorias atuantes (BRASIL, 2009, p. 260). São ainda poucas as Defensorias que contam com um Núcleo Especializado em Combate à Discriminação (BRASIL, 2009, p. 138).

Pode ser apontado, também, o risco de desresponsabilização da Defensoria Pública como um todo em relação às demandas de grupos estigmatizados, por meio do direcionamento dessas demandas apenas aos Núcleos Especializados.

3.2 Ações afirmativas

As políticas de ação afirmativa são medidas que visam promover a igualdade substancial em termos gerais, por meio de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de estigma social. Podem ter diferentes focos e incidir em campos variados (SARMENTO, 2006, p. 78).

Essas políticas encontram sua principal fundamentação constitucional nas normas que estabelecem a erradicação da marginalização social e a promoção do bem de todos. Os arts. 3º, III, 23, X, e 170, VIII, obrigam expressamente o Poder Público a estabelecer políticas positivas visando à redução das desigualdades e ao combate à discriminação.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186, afirmou a constitucionalidade de políticas afirmativas, indicando que o combate às diferentes formas de discriminação requer a combinação de políticas públicas de caráter universal e de iniciativas governamentais direcionadas a grupos sociais específicos.

Conforme proposta assinada pelo Instituto Luiz Gama em conjunto com a Ouvidoria e com o Núcleo de Combate a Discriminação, Racismo e Preconceito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, para a implementação de cotas raciais nos concursos da Defensoria, inúmeros são os aspectos positivos das ações afirmativas[10]:

> Ao permitir que membros de grupos sociais historicamente discriminados participem de espaços onde decisões importantes são tomadas ou que venham a pertencer a instituições que gozam de prestígio, permite-se uma

> recomposição política e econômica do tecido social que se manifesta das seguintes formas: a) fortalecimento dos laços sociais, impedindo o isolamento de grupos e retirando a força de práticas discriminatórias; b) exercício da pluralidade de visões de mundo e a dedução de interesses aparentemente específicos do grupo, que agora, com voz ativa, poderá participar da produção de um "consenso", dando legitimidade democrática às normas de organização social; c) redistribuição econômica, vez que a maior dificuldade de acesso ao mercado de trabalho é característica marcante em membros de grupos historicamente discriminados.

Especialmente na Defensoria Pública, cujos fins institucionais estão diretamente vinculados à luta contra todas as formas de exclusão, a adoção de ações afirmativas tem um impacto extremamente positivo e é uma prática institucional fundamental para a promoção do reconhecimento institucional das diferenças.

Grupos excluídos histórica e socialmente possuem um sentimento de desconfiança e distanciamento em relação às instituições públicas e especialmente ao sistema de justiça (SANTOS, 1997, p. 21). Nesse contexto, as ações afirmativas podem promover a aproximação da instituição com esses grupos e tornar a atuação da instituição mais apta à busca pela promoção de direitos humanos e da igualdade.

O documento encaminhado à Defensoria Pública do Estado de São Paulo pelo Instituto Práxis de Direitos Humanos, pela Pastoral Carcerária e pela Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura (ACAT Brasil), em outubro de 2012, demonstra essa possibilidade[11]:

> Nesse espaço, onde uma multidão maciçamente negra aguarda por horas o atendimento prestado pelos Defensores Públicos, praticamente todos brancos, que cumprem seus deveres funcionais imbuídos, aos olhos de muitos Usuários, de uma enorme "autoridade" e "distinção social", a casa grande e senzala é repetida diariamente e a vista de todos a exemplo do que há muito se consolidou em nosso sistema prisional. Nossas mulheres e homens, pretos e pardos, têm vivenciado, já há tempo demais, a condução de seus processos de aprisionamento por acusadores quase que exclusivamente brancos, assim como são os seus julgadores. Oxalá comecem a ver ao seu lado ao menos defensores que fujam deste esmagador perfil único e reprodutor da divisão posta em nosso país.

Além disso, o baixo percentual de representantes dos grupos discriminados na Defensoria Pública reproduz a ideia construída historicamente de que esses grupos são menos capazes para ocupar posições de destaque e participar da esfera política na sociedade em condições de igualdade (MANSBRIDGE, 1999). A adoção de reserva

de vagas nos concursos da Defensoria Pública combate, portanto, os estereótipos negativos enraizados no imaginário social e a naturalização da marginalização dos grupos sociais vulneráveis.

Em razão da experiência específica de discriminação, membros de grupos sociais vulneráveis muitas vezes têm entendimentos diferentes sobre as causas de problemas sociais e sobre as soluções propostas (MANSBRIDGE, 1999). As mulheres, por exemplo, são mais propensas a sofrer violência doméstica ou a planejar suas vidas em torno do medo do assédio sexual. Assim, se as mulheres puderem participar e influenciar os processos de decisão institucional da Defensoria Pública em condições de igualdade, é menos provável que a instituição atue de forma imprudente ou de forma a reproduzir injustiças sociais.

Conforme o III Diagnóstico da Defensoria Pública, a maioria dos integrantes das Defensorias Públicas dos Estados é branca (77,3%). Os integrantes que se autoclassificam como negros são 2,2% e pardos, 18% (BRASIL, 2009, p. 198).

O defensor Bruno Ricardo Miragaia de Souza, em seu voto[12] no processo que tramitou no Conselho Superior da DPESP para a implementação de cotas nos concursos da instituição, destacou sobre o assunto:

> [...] não há como se falar em redução da desigualdade, marginalidade e pobreza, inclusive dentro da instituição, senão encararmos de frente, de forma corajosa, propositiva e responsável a implementação de ações afirmativas capazes de distribuir e restaurar a justiça. Distribuir no sentido de garantir a diversidade e vantagens para todos, pois o convívio com diferentes visões só tende a fortalecer a democracia, já que somente com todos é que será possível a construção de uma sociedade verdadeiramente respeitosa e plural.

As ações afirmativas podem possibilitar, portanto, a consolidação de uma Defensoria Pública mais plural e democrática, promovendo a transformação da representação social em uma importante instituição do sistema de justiça, deixando de constituir como espaço essencialmente branco.

Com relação às dificuldades dessa prática institucional, podemos apontar as resistências encontradas para a implementação dessas medidas. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por exemplo, aprovou a política de cotas raciais para os concursos da instituição apenas em outubro de 2014, após muita persistência dos movimentos sociais, ao longo da história do órgão, e pelo placar apertado de seis votos a favor e quatro contra.

A efetividade da política depende da porcentagem das vagas estabelecidas e de medidas para promover o real acesso aos concursos. A exclusão social de negros e indígenas dificulta sua aprovação, mesmo com a adoção de política afirmativa. Para evitar

que as cotas desempenhem papel meramente simbólico, é necessária a adoção de medidas que garantam a inserção desses grupos, além de práticas de monitoramento dos resultados da política.

O sucesso das ações afirmativas depende ainda da inserção dos candidatos selecionados de forma integral, e sem qualquer discriminação, nos quadros profissionais da instituição e, especialmente, nas posições decisórias.

3.3 Captação de dados

A discriminação não pode ser entendida apenas em sua forma clássica, ou seja, como discriminação direta, intencional e escancarada. Pode se apresentar sob formas veladas, decorrente da perpetuação de iniquidades ao longo do tempo ou da imposição de regras aparentemente neutras, mas que criam desigualdades. Manifesta-se muitas vezes de forma difusa no funcionamento cotidiano de instituições e organizações, que operam de forma diferenciada, do ponto de vista racial, de gênero, orientação sexual, idade, entre outros, na distribuição de serviços, benefícios e oportunidades aos diferentes segmentos da população (LÓPEZ, 2012, p. 127).

Uma estratégia fundamental para combater esses tipos de discriminação é a inclusão de indicadores sociais, como raça/cor e gênero, nas práticas institucionais de coleta de dados da Defensoria Pública.

Nos recenseamentos e cadastros de instituições públicas e privadas, a ausência do quesito cor/raça ou gênero confere neutralidade aos dados coletados, como se esses marcadores da diferença fossem irrelevantes para o atendimento integral dos usuários, e como se experimentassem os direitos de cidadania da mesma forma. Já quando cor/raça e gênero são desagregados e estudados, podemos facilmente identificar desigualdades e discriminações no acesso a instituições e bens sociais.

Dessa forma, a captação de dados sobre indicadores sociais que demarcam as diferenças e especificidades dos grupos sociais vulneráveis é uma importante prática institucional da Defensoria Pública que pode favorecer o reconhecimento institucional dos grupos estigmatizados.

A utilização padronizada de indicadores sociais, como raça/cor, gênero, idade, renda e escolaridade, nos formulários de atendimento da Defensoria Pública, permitiria o conhecimento aprofundado do seu público e a realização de estudos comparativos entre diferentes regiões do estado.

Nesse sentido, a Declaração e Plano de Ação da Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, em Durban, de 2001 "insta os Estados a coletarem, compilarem, analisarem, disseminarem e a publicarem dados estatísticos confiáveis em níveis local e nacional e a tomarem todas as outras medidas necessárias para avaliarem periodicamente a situação de indivíduos e grupos que são vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata".

Propostas aprovadas nas Conferências da Defensoria Pública do Estado de São Paulo demonstram o anseio social pela comprovação empírica, por meio de dados estatísticos, da realidade marcada pelas discriminações institucionais existente no Brasil. Uma das propostas apresentadas pelos movimentos sociais para o Núcleo, em 2009, na II Conferência Estadual da Defensoria Pública de São Paulo, foi a realização de levantamentos e avaliações do número de denúncias de racismo e discriminação levados à instituição. Na Conferência de 2011, essa demanda é evidenciada, por meio da aprovação das seguintes propostas[13]:

> Promover a superação do racismo, da homofobia e de outras discriminações institucionais na segurança pública por meio de: 1) elaboração de uma pesquisa cientifica para levantamento de dados acerca da violência policial com enfoque no racismo e discriminações institucionais dentro das polícias; 2) capacitação de agentes de segurança pública com objetivo da redução das práticas discriminatórias e de violência; 3) monitoramento da atuação dos agentes de segurança pública, através de uma Comissão de Monitoramento, formada por membros do NCDRP, sobre a letalidade da atuação policial, em especial nos casos de violência policial contra a juventude negra e LGBT do Estado de SP, com atenção aos casos classificados como resistência seguida de morte.

Com o objetivo de concretizar essas propostas, o Núcleo Especializado de Combate a Discriminação da DPESP defendeu, recentemente, a inserção do item raça/cor e etnia nos formulários de atendimento à população encarcerada nos Centros de Detenção Provisória. Há insuficiência de dados nessa seara, o que não permite a realização de um diagnóstico sobre a possível seletividade racial no âmbito do instituto das prisões provisórias, o que impossibilita o fomento de políticas públicas adequadas para lidar com o problema.

No entanto, houve resistência inicial do Conselho Superior da Defensoria Pública de São Paulo a essa demanda do Núcleo. Esse posicionamento do Conselho indica a dificuldade de percepção do papel da instituição no reconhecimento das diferenças, priorizando uma atuação universalista.

A resistência à coleta de dados está também relacionada à baixa incorporação do conceito de discriminação indireta nos processos de trabalho das organizações governamentais e sociais e à ausência ou insuficiência de experiências prévias de políticas e estratégias de erradicação da discriminação institucional (GELEDÉS, 2013, p. 7).

É possível identificar dificuldades com relação à coleta, à sistematização e à análise de dados de forma contínua no tempo. Inúmeros estudos têm apontado ora para a inexistência, ora para a falta de sistematicidade, ora ainda para a inexatidão de registros que deveriam ser mantidos por parte das instituições da justiça (MOURA, 2013, p. 17).

É preciso vontade e esforço institucional para compor parcerias com instituições de pesquisa, sensibilizar membros sobre a importância das informações, desenvolver e aperfeiçoar instrumentos de coleta de dados, solucionar problemas metodológicos conceituais, oferecer treinamento especializado para coleta de dados e realizar a divulgação periódica das informações adquiridas (MADEIRA, 2003, p. 183).

3.4 Mecanismos de participação: Ciclo de Conferências e Ouvidoria

Para a Defensoria Pública tornar-se um espaço de acolhimento de reivindicações fundadas no reconhecimento, é necessária a criação de canais permanentes de diálogo com os grupos sociais estigmatizados.

Conforme Luciana Gross Cunha, o Poder Judiciário é historicamente o mais fechado à participação dos cidadãos, entre os três poderes:

> o público-alvo da prestação jurisdicional, que legalmente deve ser atendido pelas Defensorias, nunca contou com espaço de intervenção nos modos de operação do Poder Judiciário, assim como não contou com espaços de diálogo ou possibilidades de fiscalização das funções exercidas pelo Estado neste universo, diferentemente do que ocorreu com os Poderes Executivo e Legislativo. (CUNHA, 2010, p. 26)

A autora afirma que esse cenário foi modificado pelas inovações advindas da criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. A DPESP criou mecanismos de controle e participação social que constituem um novo referencial para as Defensorias e para o Sistema de Justiça, promovendo maior legitimidade democrática e representatividade (CUNHA, 2010, p. 241).

De acordo com a Lei Complementar Estadual n. 988/2006, a DPESP criou os seguintes mecanismos: Ciclos de Conferências Públicas; Ouvidoria Externa e Momento Aberto.[14] Analisando essas medidas, é possível identificar duas práticas institucionais que possibilitam o reconhecimento das diferenças pela Defensoria Pública: (i) a divisão das propostas e dos grupos de trabalho dos Ciclos de Conferências em eixos temáticos; e (ii) a seleção de 11 Conselheiros, em sua maioria representantes de grupos vulneráveis específicos, para compor o Conselho Consultivo da Ouvidoria da Defensoria Pública.

O Ciclo de Conferências ocorre a cada dois anos e inicia-se com as Pré-Conferências Regionais, que identificam demandas da sociedade civil de cada região do Estado. Os delegados eleitos nesses encontros regionais levam as propostas aprovadas para a Conferência Estadual. Nesse momento, todas as demandas são analisadas por área temática, em função de sua viabilidade e a prioridade de implantação. A Conferência conclui seus trabalhos com a aprovação dos parâmetros de atuação da Defensoria, que são levados ao Conselho Superior da instituição e permitirão a revisão do Plano Anual de Atuação.

A principal metodologia utilizada para a elaboração das propostas é a discussão em grupos de trabalhos por eixos temáticos. Na IV Conferência da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, as propostas e os grupos de trabalho foram organizados nas seguintes temáticas: "cidadania, direitos humanos e meio ambiente"; "combate à discriminação, racismo e preconceito"; "direitos do consumidor"; "direitos do idoso e da pessoa com deficiência"; "habitação, urbanismo e conflito agrário"; "infância e juventude"; "política institucional e educação em direitos"; "promoção e defesa dos direitos da mulher"; e "situação carcerária".[15]

Compete à Defensoria Pública do Estado o monitoramento contínuo das ações voltadas à implementação dos enunciados constantes no Plano Anual de Atuação. Os Núcleos Especializados, antes do início de um novo Ciclo de Conferências, devem apresentar um relatório que aponte quais propostas foram cumpridas, quais ainda não foram implementadas e por quais motivos.

A divisão das propostas e da metodologia de trabalho das Conferências em eixos temáticos é uma importante prática institucional que pode favorecer o reconhecimento das diferenças no âmbito da Defensoria Pública. Por meio dessa metodologia de participação social, a sociedade civil e os movimentos sociais, organizados em torno de pautas relacionadas ao reconhecimento, apresentam demandas que são incluídas no Plano Anual de Atuação da instituição.

É uma oportunidade para aprofundar a reflexão sobre as práticas da Defensoria Pública nas temáticas relacionadas ao racismo, às discriminações e aos direitos de grupos específicos, e para os participantes revisarem, confirmarem e reformularem as prioridades institucionais. Por meio desse canal de comunicação entre a Defensoria e a população, os temas especialmente relacionados a situações específicas de violações de direitos são reconhecidos e ganham espaço na formulação de diretrizes e objetivos da instituição.

Podem, porém, ser citados alguns desafios para a efetividade dessa prática institucional. Muitas propostas aprovadas pela sociedade civil apresentam dificuldades para serem implementadas, se repetem ou fogem ao alcance das possibilidades de atuação da Defensoria Pública. O esvaziamento de algumas conferências e a forma de monitoramento da realização das propostas são também importantes limitações e desafios. Conforme nota pública da Pastoral Carcerária, diante do início do V Ciclo de Conferências da DPESP, em agosto de 2015[16]:

> A não implementação da maior parte das propostas aprovadas ao longo dos anos faz com que a Conferência e as Pré-Conferências percam o sentido tão caro que lhes foi atribuído: de garantir a participação social nas decisões da Defensoria. É por esse motivo que, nos últimos anos, nota-se um processo de esvaziamento de tais espaços supostamente democráticos. A realização de um novo ciclo de debates traz à tona o necessário questionamento a respeito

> da importância que esses espaços realmente têm. Faz sentido seguir adiante na criação e elaboração de novas propostas, quando as já criadas e elaboradas ainda aguardam implementação?

A Ouvidoria-Externa, por sua vez, é composta do ouvidor-geral e do Conselho Consultivo, nos termos da Lei Complementar Estadual n. 988/2006. A Ouvidoria é um órgão superior da DPESP, devendo participar da gestão e fiscalização da instituição e de seus membros e servidores.

O ouvidor-geral é escolhido pelo Conselho Superior da Defensoria Pública com base em lista elaborada pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (Condepe). Após a escolha, o ouvidor tem mandato de 2 anos. O Conselho Consultivo da Ouvidoria-Geral é composto de 11 membros designados pelo defensor público-geral do Estado, com base em indicação feita pelo ouvidor-geral, para mandato de 2 anos, permitida uma recondução.

É possível verificar na atual composição do Conselho Consultivo da DPESP a representação de organizações da sociedade civil que tem como objetivo lutar por direitos de grupos sociais discriminados e vulneráveis. Os membros escolhidos constituem canal permanente de comunicação da Defensoria com os movimentos sociais negros, feministas, LGBTs, de pessoas com deficiência, entre outros.[17] Dessa forma, constitui uma prática institucional que pode favorecer o reconhecimento das diferenças.

Conforme Raquel Cruz Lima, representando os novos conselheiros do biênio 2015-2017, em 13 de maio de 2015, no dia da posse do Conselho Consultivo[18]:

> O DNA de produto da sociedade civil tem que se manter em tudo que a Defensoria faz, não só fazendo atendimento jurídico, mas também pautando sua atuação pelo que a sociedade civil coloca. Nosso trabalho no Conselho Consultivo é de sempre lembrar em absolutamente todos os momentos que a Defensoria deve se pautar por transparência, por inclusão e por diversidade.

Por fim, algumas dificuldades desse mecanismo de participação devem ser apontadas: garantir a participação social por meio da Ouvidoria nas unidades mais afastadas da capital, garantir a representação de todos os diferentes grupos sociais vulneráveis, o tempo disponível e o compromisso dos membros da Ouvidoria em realizar as atividades, a ausência de mecanismos para assegurar o cumprimento das recomendações propostas pelo órgão.

Além disso, conforme o III Diagnóstico da Defensoria Pública, entre os defensores públicos da União e dos Estados, as medidas menos favoráveis são: "a participação da sociedade civil na definição das prioridades de atuação", "ouvidor não integrante dos quadros de carreira", e "controle externo da Defensoria Pública" (BRASIL, 2009,

p. 244). Esses dados demonstram que não há um consenso entre os defensores públicos sobre a importância das práticas institucionais que promovem a participação popular e o controle externo do órgão.

Conclusão

A análise empreendida permite identificar o contexto normativo de proteção dos grupos socialmente minoritários e estigmatizados pela Defensoria Pública.

Após mudanças legislativas desde 2004, a instituição é inserida em outro paradigma normativo de serviço legal e de política de acesso à justiça, voltado para a promoção dos direitos humanos e para a tutela de demandas coletivas. Nessa nova perspectiva, é inegável que se inclui a atuação institucional em favor dos grupos estigmatizados socialmente e das pessoas vítimas de discriminação.

Em seguida, para nortear a atuação da Defensoria Pública, foi proposta uma forma de delimitação dos grupos que ensejam a proteção institucional. Essa proposta foi formulada com base na teoria de Nancy Fraser de uma concepção ampla de justiça, em que redistribuição e reconhecimento são duas dimensões irredutíveis.

Constatou-se que a utilização apenas do critério de renda não é capaz de incluir todas as demandas legítimas por justiça em termos de paridade participativa. O não reconhecimento, a partir de padrões sedimentados de (des)valoração cultural, produz obstáculos ao acesso à justiça, impondo dificuldades ao exercício dos direitos pelos grupos vulneráveis. Esses desafios dificultam o contato até mesmo com a Defensoria Pública, principalmente se ela não estiver atenta às especificidades desses grupos.

Por fim, foram analisadas quatro importantes práticas institucionais, especialmente no âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que favorecem o reconhecimento das diferenças: os Núcleos Especializados, as ações afirmativas, a coleta, análise e divulgação de dados e os mecanismos de participação popular. Procurou-se identificar as principais possibilidades e os desafios que elas contemplam.

Ainda há muito que avançar para a promoção do reconhecimento das diferenças pela Defensoria Pública. Neste artigo, dois primeiros passos foram dados: a identificação dos grupos a serem protegidos, que devem ser destinatários de políticas específicas, bem como de práticas institucionais que podem integrar a arquitetura da Defensoria para permitir o acesso à justiça de grupos estigmatizados. Esses passos marcam o início de um importante caminho para uma sociedade mais justa e para a reflexão institucional sobre o tema.

Muitas questões, porém, ainda exigem reflexão e respostas: como promover o reconhecimento de diferenças sem descuidar da finalidade principal de enfrentamento das injustiças econômicas e da desigualdade material de classes? Como avaliar, concretamente, se as práticas institucionais apontadas contribuem efetivamente para o reconhecimento das diferenças? De que forma as políticas institucionais de reconhecimento

no âmbito da Defensoria Pública relacionam-se com as mudanças sociais e políticas do paradigma de atuação das Defensorias Públicas? Quais são os obstáculos à realização desse novo paradigma? Como esses temas relacionam-se com o desenvolvimento da gramática dos direitos humanos ao longo do tempo e como a Defensoria Pública insere-se nesse debate?

Essas reflexões extravasam os estreitos limites deste artigo, que se pretende melhor desenvolver no futuro, ou, ainda, demandam trabalhos empíricos aprofundados para que alcance uma adequada visão do debate que se trava.

NOTAS

1 O Núcleo de combate à Discriminação foi criado em 2008 a partir de reivindicações de movimentos sociais de São Paulo na I Conferência Estadual da Defensoria Pública, em 2007. Vanessa Alves Vieira, autora deste artigo, é Coordenadora do Núcleo desde 2011. Clio Nudel Radomysler, coautora, realizou em 2013 uma iniciação científica sobre a atuação do Núcleo que se encontra disponível, em formato de artigo, em: <http://diversitas.fflch.usp.br/sites/diversitas.fflch.usp.br/files/Clio%20Nudel.pdf>.

2 Para uma análise da tipologia que diferencia "serviços legais inovadores" de "serviços legais tradicionais", ver Campilongo (1994).

3 Por ter como objetivo refletir sobre o dilema redistribuição/reconhecimento no âmbito da Defensoria Pública, não será abordada a incorporação, por Nancy Fraser, da representação política como uma terceira dimensão da justiça. Para uma explanação desta dimensão, fundamental para a concepção de justiça da autora, ver: Fraser, 2005, p. 69-88.

4 A proposta de revisão das hipóteses de denegação de atendimento pela Defensoria Pública pode ser acessada em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/2011%2011%2029_PropostaCSDP_AlteracaoDeliberacao89_ViolenciaMulher_FE.pdf>.

5 Não se desconhecem outros posicionamentos mais restritivos, como o que se verifica, por vezes, no Superior Tribunal de Justiça, tal como ocorreu no REsp 1.192.577/RS, no qual se entendeu que "em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas" (cf. <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1192577&&b=ACOR&p=false&l=10&i=2>).

6 Para a formulação teórica do termo "carentes organizacionais", ver: Grinover, 1996, p. 116-117.

7 Cf. em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=61288&idPagina=1&flaDestaque=V>.

8 Cf. em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=48153&idPagina=3322>.

9 O ofício à Câmara Municipal de São Paulo realizado pelos Núcleos Especializados de Combate a Discriminação e de Defesa da Mulher pode ser acessado em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/Of%C3%ADcio%20pela%20igualdade%20de%20g%C3%AAnero%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

10 A proposta para implementação de cotas raciais na Defensoria Pública de São Paulo está disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/2013%2007%2012_Peticao_CSDP_COTAS_ComAnexos_LZ.pdf>.

11 O documento se encontra anexado à proposta realizada pelo Instituto Luiz Gama, pela Ouvidoria e pelo Núcleo Especializado de Combate a Discriminação, Racismo e Preconceito da Defensoria Pública de São Paulo.

12 O voto pode ser requerido junto à secretaria do Conselho Superior da Defensoria Pública de São Paulo.

13 As propostas das Conferências da Defensoria de São Paulo estão disponibilizadas no *site* institucional: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2963>.

14 Refere-se à oportunidade conferida a pessoas e entidades populares para manifestação durante as sessões realizadas pelo Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

15 Os eixos temáticos do IV Ciclo de Conferências da Defensoria do Estado de São Paulo encontram-se disponíveis em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5331>.

16 Para ver a nota pública realizada pela Pastoral Carcerária, acessar: <http://carceraria.org.br/nota-publica-da-pastoral-carceraria-sobre-as-conferencias-da-defensoria-publica-de-sao-paulo.html#sthash.R3Zoinph.dpuf>.

17 A composição do Conselho Consultivo pode ser analisada em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2946>.

18 Ver notícia sobre a posse do novo Conselho Consultivo da DPESP em 2015: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=59028&idPagina=308>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério da Justiça. *III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*, 2009.

BURGUER, Adriana Fagundes; BALBINOT, Christine. A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 132 na Lei Complementar n. 80/94. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (Coord.). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem*: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-12, 2011.

CAMPILONGO, C. Assistência jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, v. 41, p. 73-106, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 31-73, 1988.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma fenda na justiça*. As inovações democráticas construídas na Defensoria Pública. São Paulo: Hucitec, 2010.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: _____. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas de justiça numa era "pós-socialista". Trad. Julio Assis Simões. *Cadernos de Campo*, n. 14/15. São Paulo, p. 231-239, 2006.

_____. Reenquadrando a justiça num mundo globalizado. *New Left Review* 36, p. 69-88, nov.-dez. 2005.

GELEDÉS – Instituto da Mulher Negra; CFEMEA – Centro Feminista de Estudos e Assessoria. *Guia de enfrentamento ao racismo institucional*. 2013. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/12/Guia-de-enfrentamento-ao-racismo-institucional.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

JUNQUEIRA, Eliane B. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, n. 18, p. 389-402, 1996.
LÓPEZ, L. C. O conceito de racismo institucional: aplicações no campo da saúde. *Interface – Comunic., Saúde, Educ.,* v. 16, n. 40, p. 121-34, jan.-mar. 2012.
MADEIRA, Felícia Reicher; BIANCARDI, Miriam Ribeiro. O desafio das estatísticas do terceiro setor. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 17, n. 3-4, p. 177-184, dez. 2003.
MANSBRIDGE, Jane. Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent «Yes». *Journal of Politics*, 61 (3), p. 628-657, 1999.
MOURA, Tatiana Whately; CUSTÓDIO, Rosier Batista (Coord.). *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: IPEA e ANADEP, 2013.
PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 167-190, 2008.
_____. *Reconhecimento sem ética?*. Trad. Ana C. F. Lima e Mariana P. Fraga Assis. *Lua Nova*, 70. São Paulo, p. 101-138, 2007.
RADOMYSLER, Clio. A Defensoria Pública no combate à discriminação racial: sensibilidades, discursos e práticas. *Revista Diversitas*, ano 3, n. 4, São Paulo: FFLCH/USP, p. 276-309, mar.-set. 2015.
RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). *Advocacia de interesse público no Brasil:* a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013.
ROMEU, Luciana C.; PASSAMANI, Marcelo; ZAGO, Mariana, A. dos S.; GROTERHORST, Rebecca. Análise crítica dos critérios utilizados pela Defensoria para a definição do necessitado nos termos do artigo 134 da Constituição. In: REIS, Gustavo A. S. dos; RÉ, Aluísio I. M. R. (Org.). *Temas aprofundados da defensoria pública*. São Paulo: Podium, p. 155-190, v. 2, 2014.
SANCHEZ FILHO, Alvino Oliveira. Experiências institucionais de acesso à justiça no Estado da Bahia. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, p. 241-270, 2001.
SANTOS, B. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
_____. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 21, p. 11-37, nov. 1986.
SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 59-108, 2006.
SCOTT, Joan. O enigma da igualdade. *Estudos feministas*. n. 13 (1), Florianópolis, p. 11-30, jan.-abr. 2005.
SOUZA, José Augusto Garcia de (Coord.). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem*: reflexões sobre a Lei Complementar n. 132/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
VIANNA, Adriana de Resende Barros. Direito a diferença: Introdução. In: LIMA, Antonio Carlos de (Org.). *Antropologia & direito*. Temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Blumenau: Nova Letra/LACED/Associação Brasileira de Antropologia, p. 202-212, 2012.

Vanessa Alves Vieira

Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo.
Pós-graduanda em Direitos Humanos e Acesso à Justiça pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).
Defensora pública na Defensoria Pública do Estado de São Paulo.
Coordenadora do Núcleo de Combate a Discriminação, Racismo e Preconceito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

São Paulo – SP – Brasil
vvieira@usp.br

Clio Nudel Radomysler

Graduanda em Direito na Universidade de São Paulo.
Estagiária de Direito do Núcleo de Combate a Discriminação, Racismo e Preconceito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

São Paulo – SP – Brasil
clio.radomysler@gmail.com

RECEIVED 28.05.2015 | APPROVED 04.11.2015

CEDAW AND WOMEN'S INTERSECTING IDENTITIES: A PIONEERING NEW APPROACH TO INTERSECTIONAL DISCRIMINATION

Meghan Campbell *

CEDAW E A INTERSECÇÃO DE IDENTIDADES DE MULHERES: UMA ABORDAGEM PIONEIRA PARA A DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL

ABSTRACT

CEDAW is committed to eliminating all forms of discrimination and achieving gender equality so that all women can exercise and enjoy their human rights. This article argues that this implicitly includes a commitment to understanding and addressing intersectional discrimination. Women experience disadvantage and discrimination based on their sex and gender and that is inextricably linked to other identities, factors and experiences such as a race and poverty. Under CEDAW, if sex and gender is one of the bases for the discrimination, it is necessary to examine how other identity and factors contribute to gender discrimination and inequality. The CEDAW Committee has been pioneering this approach in the General Recommendations, Individual Communications, Inquiry Procedure and Concluding Observations, but it has not been consistently applying this fluid and expansive approach. The article poses three complementary solutions to these inconsistencies: a transformative equality analytical framework, a General Recommendation on intersectionality and workshops and training for CEDAW Committee members.

KEYWORDS

Intersectionality; grounds-based discrimination; CEDAW; gender; poverty; international human rights law.

RESUMO

O CEDAW compromete-se a eliminar todas as formas de discriminação e alcançar a igualdade de gênero para que todas as mulheres possam exercer e gozar de seus direitos humanos. Este artigo argumenta que isso inclui implicitamente o compromisso de compreender e abordar a discriminação interseccional. As mulheres experimentam desvantagem e discriminação com base no seu sexo e gênero, mas isso também está intrinsecamente ligado a outras identidades, fatores e experiências, tais como raça e pobreza. Sob a perspectiva do CEDAW, se sexo e gênero são uma das bases para a discriminação, é necessário examinar como outras identidades e fatores contribuem para a discriminação de gênero e desigualdade. O Comitê CEDAW tem sido pioneiro nessa abordagem nas Recomendações Gerais, Comunicações Individuais, Inquérito e Observações Finais, mas não tem consistentemente aplicado esta abordagem fluida e expansiva. O artigo apresenta três soluções complementares a estas inconsistências: um quadro analítico de igualdade transformadora, uma recomendação geral sobre interseccionalidade e cursos e treinamento para os membros do Comitê CEDAW.

PALAVRAS-CHAVE

Interseccionalidade; CEDAW; "grounds-based discrimination"; gênero; pobreza; direito internacional dos direitos humanos.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201521

Introduction

Intersectionality recognises that individuals can experience discrimination on the basis of multiple and intersecting identities. The Committee for the Convention on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW)[1] has observed that ethnic minority women, elderly, disabled and migrant women, women in prisons and women and girls on the street are particularly vulnerable to disadvantage and discrimination (CEDAW Committee, Concluding Observations: Turkey; CEDAW Committee, Concluding Observations: Canada; CEDAW Committee, Concluding Observations: Kenya). The discrimination these women face is not 'fully described by simply adding two kinds of discrimination together' (FREDMAN, 2011, p. 140). Rather the intersectional discrimination is cumulative and 'the result is qualitatively different, or synergistic' (Ibid). In many national contexts, discrimination must be based on a recognised status based ground.[2] This approach to discrimination law has been criticised as being unable to capture the nuanced and complex reasons why a woman with an intersectional identity experiences disadvantage (CRENSHAW, 1989). National courts continue to struggle on how to properly evaluate and take account of the qualitatively different intersectional discrimination (IYER, 1993; CONAGHAN, 2007). At the same time, the CEDAW Committee has quietly been transcending these challenges and pioneering a promising approach to protecting women with multiple and intersecting identities against discrimination.

There are no specific provisions in CEDAW recognising women's intersectional identity, Due to this silence, CEDAW has been accused of not protecting intersectional discrimination. Bond argues that CEDAW 'fails to adequately consider interlocking forms of oppression… [CEDAW] provides protection to a monolithic category of women, a category characterised by women who experience only gender discrimination, rather than mutually reinforcing forms of discrimination such as racism, classism, ethnocentrism and heterosexism' (BOND, 2003, p. 95; ROSEMBLUM, 2011; OTTO, 2010 p. 357). On the other hand, Byrnes observes that 'the [CEDAW] Committee in its practice has identified many groups of women to whom the Convention extends protection on the basis of their sex in combination with another status' (BYRNES, 2011, p. 68; RADAY, 2012). While the Committee is in fact addressing women's intersectional discrimination, the legal basis for this remains unclear (CUSACK and PUSEY, 2013 p. 63). Furthermore, there is no clear understanding if the CEDAW Committee has comprehensively and coherently approached intersectional discrimination in the Concluding Observations, Individual Communications or Inquiry Procedure. This article addresses these concerns and has two strands of inquiry. First, how has CEDAW and the CEDAW Committee approached the problem of intersectional discrimination? This article demonstrates that rather than ignoring women's identities, CEDAW and the CEDAW Committee adopt an expansive and fluid approach to intersectional discrimination that is based on achieving gender equality. Rather

than limiting itself to traditional status based grounds, if women experience discrimination in relation to an identity, experience or cross-cutting problem that interacts with and is rooted in their sex and/or gender they are protected under CEDAW. Second, the article then examines how the CEDAW Committee in the Concluding Observations, Individual Communications and Inquiry Procedure applies its understanding of intersectional discrimination. Specifically it uses women, race and poverty as a case study to assess how the Committee is applying its fluid and expansive approach to intersectional discrimination. In applying this new approach, the CEDAW Committee makes repeated references to intersectional discrimination and draws to the states' attention that women of a minority race or ethnicity disproportionately live in poverty. However, at times the CEDAW Committee is inconsistent and inattentive to women's intersectional disadvantage. Understanding intersectionality as a component of equality in CEDAW provides the tools to ensure a more comprehensive approach. A transformative equality framework demonstrates how the CEDAW Committee can fully integrate an intersectional perspective and address the unique needs of racial and ethnic minority women who live in poverty and all women with multiple identities.

This first section briefly examines the discontinuities between intersectional theory and discrimination law, particularly the challenges raised by discrimination law's focus on grounds. The second section investigates how similar UN treaty bodies approach intersectional discrimination. The critique in these two sections is used to demonstrate how CEDAW has moved beyond a grounds-based approach to discrimination and through its unique approach transcended the gap between theory and practice. The third section analyses the text of CEDAW, supplemented by the interpretation of the CEDAW Committee in the General Recommendations, to demonstrate that CEDAW's commitment on eliminating discrimination against *all* women necessarily includes eliminating intersectional discrimination against women. The fourth section explains the methodology used for evaluating how the CEDAW Committee has applied intersectional discrimination. The fifth analyses a sample of Concluding Observations, the Individual Communications and Inquiry Procedure to demonstrate the CEDAW Committee's strengths and weaknesses in applying this fluid approach to intersectional discrimination. While there are differences between international and national discrimination law, the CEDAW Committee's approach to intersectional discrimination can open new channels for thinking how discrimination law can respond to intersectional theory.

1 The discontinuity between intersectionality theory and discrimination law

This section briefly sketches the insights derived from intersectional theory and some

of the challenges in incorporating theory into the practice of discrimination law. It is not meant to be a comprehensive review of intersectional discrimination but to situate the assessment of CEDAW within the larger debates and bring into focus the innovative approach of CEDAW and the CEDAW Committee. Individuals inherently have intersectional identities. A white, middle-class, Christian, heterosexual, able-bodied man has multiple identities based on race, gender, religion and sexual orientation. Based on certain characteristics an individual can experience privilege while based on other characteristics the same person can experience disadvantage (ATREY, 2015). A white, middle-class, Christian, heterosexual woman is privileged in respect of her race, religion and sexual orientation but disadvantaged on the grounds of her gender. The disadvantaged treatment is predominantly, albeit it is not necessarily exclusively, attributable to her gender. If a black, middle-class, Christian, heterosexual woman experiences disadvantage, on what basis is she being discriminated against? Is she experiencing disadvantage due exclusively to her race, gender or are both grounds at stake? Crenshaw demonstrates that understanding intersecting and multiple identities are crucial to understanding disadvantage and discrimination. Black women 'can experience discrimination in ways that are both similar to and different from those experienced by white women and Black men' (CRENSHAW, 1989, p. 149). Crenshaw's insight is that black women's disadvantage cannot be understood exclusively as sex discrimination or race discrimination. She observes that 'sometimes Black women experience discrimination as Black women-not the sum of race and sex discrimination, but as Black women.' (Ibid). There is something unique and synergistically different when discrimination involves multiple identity characteristics (FREDMAN, 2011, p. 139).

In many jurisdictions—Canada, US, South Africa, the UK—discrimination law continues to struggle on how to incorporate the insights of intersectionality theory into practice. There are multiple sites, within the legal framework, that impede the full recognition of intersectionality (ATREY, 2015). This section focuses on the key critiques of grounds as CEDAW's fluid and expansive approach developed in the preceding sections addresses many of the discontinuities between intersectionality and grounds. In discrimination law, as formulated in many domestic jurisdictions, grounds serve a gate-keeping function. Only disadvantaged treatment that is 'based on', 'because of', or 'on the grounds of' certain recognized identity characteristics amounts to discrimination in law (GARDNER, 1998, p. 157). Grounds-based approach to discrimination law developed in Canada, South Africa, the UK and the US has been criticized by intersectional theorists as failing to capture and remedy discrimination based on multiple and intersecting identity characteristics. First, the grounds have been conceptualized based on the experience of the privileged members of the groups and are not sensitized to include discrimination against sub-groups that possess multiple identities (CRENSHAW, 1989). Second, under a single ground approach, where

the claim is based on one identity characteristics, the claimant has to forgo basing her claim on all of the characteristics that she believes are crucial to explain the discriminatory treatment she experienced (MACKLEM, 2012, p. 203). A single-axis framework forecloses a sophisticated and nuanced understanding on how the different identity characteristics interact to contribute to the disadvantage treatment. This makes the discrimination disappear (CRENSHAW, 1989; REAUME, 2002) and 'there is a serious risk that [the law] will fail to alleviate oppression…' (BONTHUYS, 2008, p. 29). Third, judicial attempts to move beyond the single ground approach and address multiple identities routinely fall short of an integrated intersectional perspective (CONAGHAN, 2007, p. 323). For example, intersecting discrimination is often approached from an additive or cumulative perspective meaning 'if a claimant wishes to plead more than one ground of discrimination, each claim must be made and proved separately' (Ibidem, p. 323).[3] This misses the complex interaction between identity characteristics. Fourth, discrimination law is based on the recognition of enumerated and analogous grounds. If the claimant believes the cause of their discrimination is a new ground she faces two potential challenges. First, if the list of grounds is closed or exhaustive, she cannot bring an aspect of her identity to the attention of the court. This raises similar challenges to single ground approach as not all elements that contribute to the disadvantaged treatment are examined. Second, if the list of grounds is open and the court can interpret in new grounds, she has to argue for the recognition of this ground. However, there is still no consensus on when new grounds should be recognised (REAUME, 2002, p. 128). Fredman argues the recognition of grounds is largely a matter of politics than legal principle (FREDMAN, 2011, p. 111). Therefore, the claimant has to choose between making a difficult legal argument in the absence of any established legal test or for pragmatic reasons decide not to base her claim on all of the elements of her identity. There have been repeated calls to ensure that discrimination law adopts an intersectional perspective and 'defines complex experiences as closely to their full complexity as possible and that we do not ignore voices at the margin' (GRILLO, 1995, p. 20).

What can CEDAW, which has been criticized for being based on a monolithic woman, contribute to the debates on intersectional discrimination? CEDAW adopts a single ground approach and yet it is praised for addressing women's different identities. This suggests that CEDAW is transcending the discontinuities between intersectional theory and discrimination law. There is under-developed potential in CEDAW to address that intersectional discrimination can serve as an influential model. This article investigates and confirms that CEDAW and the CEDAW Committee is pioneering a new and fluid approach to intersectional discrimination that more successfully integrates theory and practice.

2 Intersectionality and other UN treaties

The UN has a two pronged approach to protecting human rights. It has two *mainstream* human rights treaties, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[4] and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)[5] that include the principle of non-discrimination and equality and it has *specific status* treaties on race[6], women, children,[7] disability[8] and migrant status.[9] This part examines how these treaties address intersectional discrimination so as to understand more clearly how CEDAW's approach is unique. The two mainstream treaties, the ICCPR and ICESCR adopt an enumerated and analogous grounds approach to discrimination, similar to that adopted in many national constitutions and human rights instruments. Article 2(1) and Article 2(2) of the ICCPR and ICESCR, respectively hold that 'each state party to the present Covenant undertakes to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.' Article 3 of both treaties prohibits discrimination on the basis of sex and Article 26 of the ICCPR creates a freestanding right to equality and non-discrimination on the same grounds as Article 2(1) of the ICCPR. The Committee on Economic, Social and Culture Rights (CESCR) has used 'other status' to interpret new analogous grounds, including disability, age, nationality, marital and family status, sexual orientation and gender identity, health status, place of residence and economic and social situation (CESCR, General Comment No. 20, § 28-35). The Human Rights Committee (HRC) has not interpreted any analogous grounds into the ICCPR.

There is no reference to intersectional discrimination in the text of either the ICCPR or ICESCR, but both CESCR and the HRC have addressed intersectional discrimination in the General Comments. CESCR observes that 'some individual or groups of individual face discrimination on more than one of the prohibited grounds… such cumulative discrimination has a unique and specific impact… and merits particular consideration and remedying' (idem). In the context of gender discrimination the HRC notes that 'discrimination against women is often intertwined with discrimination on other grounds… states parties should address the ways in which instances of discrimination on other grounds affect women in a particular way…' (HRC, General Comment No. 28, § 30). This remains an essentially grounds-based approach that examines the interaction between enumerated or analogous status-based grounds.

The UN also has a series of treaties that protect particular identity grounds. Bond argues that the status specific approach to human rights contributes 'to a fractured understanding of the nature of discrimination, failing to recognise it is often an inextricable mixture of factors' (BOND, 2003, p. 93). A careful analysis of the text and General Comments demonstrate that the status specific treaties actually do

address intersectional discrimination and have two different approaches to it. First, similar to the ICCPR and ICESCR, CRC and CMW both refer to the interaction between the specific identity grounds and other traditional status based grounds.[10] Both the CRC and CMW pioneer additional enumerated grounds of discrimination: the CRC refers to disability and the CMW refers to age, economic position, property and marital status. The CRC also protects children in certain experiences and problems: refugee status (Article 22, CRC) and armed conflict (Article 38, CRC). The General Comments from the CMW and CRC Committees have never discussed intersectional discrimination in-depth. However, the CMW observes that women are predominantly domestic workers and states need to address the 'discriminatory restrictions on women's migrant status' (CMW Committee, General Comment No. 1, § 60-61). The CRC General Comments address indigenous (CRC Committee, General Comment No. 11) and disabled children (CRC Committee, General Comment No. 9) and juvenile justice (CRC Committee, General Comment No. 10). For example, it notes that indigenous children experience 'multiple facets of discrimination' (General Comment No. 11, § 29) and that 'street children, children belonging to racial, ethnic, religious or linguistic minorities, indigenous children, girl children, children with disabilities' face discrimination in the juvenile justice system (General Comment No. 10, § 6). Interestingly, the CRC Committee is not limiting intersectional discrimination to status grounds but, examines it through the lens of cross cutting problems.

Second, the text of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) and the Convention on the Protection of Persons with Disabilities (CPRD) do not have a similar provision on the interaction between the specific status and other grounds of discrimination. However, CRPD does recognise that women and girls with disabilities experience multiple forms of discrimination (Articles 6 and 35, CPRD). There are specific provisions that protect children with disabilities (Article 7, CPRD) and the treaty emphasises the importance of protecting people with disabilities in situations of risk (armed conflict and natural disasters) and humanitarian emergencies (Article 11, CPRD). The CRPD Committee has only released two General Comments, but it does recognise that women with disabilities 'may be subject to multiple and intersectional forms of discrimination based on gender and disability' (CPRD Committee, General Comment No. 1, § 35). The CERD Committee also has two General Recommendations that touch on intersectional discrimination: one on the gender related aspects of racial discrimination (CERD Committee, General Comment No. 25) and the relationship between race and citizenship (CERD Committee, General Comment No. 30).

In conclusion, the status specific treaties have been addressing intersectional discrimination. They have made some advances by highlighting how different groups experience multiple or intersectional discrimination. The CRC Committee has been

particularly innovative by discussing discrimination in an experience. With this understanding in place, it is now time to turn to CEDAW and the CEDAW Committee's approach to intersectional discrimination.

3 Intersectional discrimination in CEDAW

There is no provision in CEDAW that refers to the interaction of sex and gender and other markers of identity. There is no reference to women experiencing discrimination based on race, religion, ethnicity, migrant status, sexual identity, sexual orientation, disability, age or socio-economic status or in violence, armed conflict or the justice system. The preamble refers to poverty, racial discrimination, colonialism and neo-colonialism; however, there are no substantive provisions on these issues in the treaty. CEDAW has been accused of 'failing to capture the diversity of women and the range of their experiences' and not recognising the 'complexity of discriminatory practices directed at intersecting identities' (CHINKIN AND FREEMAN, 2012; BOND, 2003; ROSENBLUM, 2011; OTTO, 2010). This is a misreading of CEDAW. This section demonstrates that although there is no explicit reference to intersectional discrimination, the text of CEDAW is alive to the different lived experiences of all women.

Article 1 of CEDAW, which defines discrimination protects two identity grounds: sex and marital status: 'the term "discrimination against women" shall mean any distinction…made on the *basis of sex* which has the effect or purpose of impairing…the recognition by women, *irrespective of their marital status*, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field' (emphasis added). The text of CEDAW does not engage with the meaning of sex or women. Prima facie CEDAW only protects sex-based discrimination. However, the CEDAW Committee in General Recommendation No. 28 on the state's core obligations holds that CEDAW covers gender-based discrimination against women. This is an important development. As sex only refers to the biological differences between men and women while gender 'refers to socially constructed identities, attributes and roles for women and men and society's social and cultural meaning for these biological differences in hierarchical relationships between women and men in the distribution of power and rights favouring men and disadvantaging women' (CEDAW Committee, General Recommendation No. 28, § 5). Both types of distinctions that impair women's human rights are included in the definition of discrimination in Article 1 of CEDAW. The text of CEDAW does not directly discuss the meaning of marital status. However, the CEDAW Committee holds that 'state parties are obligated to address the sex and gender-based discriminatory aspects of all various forms of family and family relationship' and, more specifically, 'where they are recognised, whether as a de facto union, registered partnership

or marriage the state party should ensure protection of economic rights of the women in those relationships' (CEDAW Committee, General Recommendation No. 29, § 18, 24). This implicitly acknowledges women's intersectional discrimination as the Committee discusses marital status it is the context of socio-economic status. This demonstrates a deep appreciation for how gender-based norms surrounding marital status interact with socio-economic disadvantage. As it will be discussed below, the CEDAW Committee, similar to the CRC Committee understands that intersectional discrimination is not confined to status-based grounds but also to cross cutting problems women experience such as the dissolution of family relationships.

There are several other identity grounds that are specifically protected in CEDAW. Article 4(2) and Article 11(2) offers specific protection to women based on pregnancy and motherhood. Article 9 prohibits discrimination based on nationality and Article 14 protects rural women and guarantees them the right to participate and benefit from rural development and access to health care, transportation, housing, social security, electricity, water, communications and sanitation. CEDAW does not go as far as the ICESCR, ICCPR, CRC or CMW, but there still is an appreciation in the text for women's different identities.

Although there is no fully developed concept of intersectionality in CEDAW, a deeper textual analysis reveals that there is an implicit commitment to address all forms of oppression and disadvantage women experience, including intersectional discrimination. CEDAW has chosen one specific ground: women and rather than adopting a grounds based approach and looking at the intersection between different enumerated and analogous grounds the treaty adopts a fluid and expansive conception of women that allows an appreciation of the various combinations and permutations of discrimination that women experience. A purposive reading of CEDAW is the key to unlocking the treaty's commitment to remedying intersectional discrimination. The aim of CEDAW is to eliminate discrimination and achieve equality so that women can enjoy and exercise their human rights and fundamental freedom in all fields of life (Article 1, CEDAW; CEDAW Committee, General Recommendation No. 28, § 4). CEDAW's commitment to condemn discrimination against women in *all its forms* (Article 2, CEDAW) provides a firm textual basis requiring the state to appreciate and account for all the identities, experiences and factors that contribute to gender discrimination and inequality. The Committee has held that these provisions 'establish a comprehensive obligation to eliminate discrimination in all its forms' (CEDAW Committee, General Recommendation No. 19, § 10). This inherently includes intersectional discrimination as it is a unique form of discrimination. If women experience discrimination that is rooted in their sex and/or gender and this intersects with other aspects of their identity or experiences and results in a denial of human rights it is can and should be addressed through CEDAW. To achieve the aims of CEDAW, eliminating discrimination and achieving gender equality requires an appreciation of

the unique and multiple forms of discrimination that result in the disadvantaged treatment. Raday explains that intersectional is 'an off-shoot of the core right to equality' (RADAY, 2012, p. 516).

An example helps to illustrate the implicit commitment to intersectional discrimination. Article 12 requires state parties to 'take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care.' To eliminate discrimination and achieve gender equality in health care or any other field of life it is necessary to appreciate the unique and multiple causes of discrimination. This is demonstrated by re-examining the facts of *Teixeira*.[11] She was a poor, rural Afro-descendant Brazilian woman who died due to severe delays in receiving medical treatment during childbirth. To understand the disadvantage and the inequality in accessing health care, it is necessary to appreciate how Teixeira's gender interacts with other aspects of her identity: race, geographic location and socio-economic status. Only examining *Teixeira* through gender is a limited approach because the evidence demonstrates that socio-economic status is crucial in understanding maternal mortality. The UN Special Rapporteur on the right to health notes that women in poverty are particularly at risk of maternal mortality (UNSR on the right to health, 2006, § 10, 28(b)) and the UN Millennium Development Report from 2014 found that the 'maternal mortality ratio in the developing region [...] was fourteen times higher than that of developed regions' (2014, p. 29). It is not solely Teixeira's gender but also her race, her poverty and the fact that she lived in rural Brazil that explain why her rights to accessing health care were so grossly undermined. The in-depth analysis of *Teixeira* in the final section reveals that the CEDAW Committee has not fully adopted and integrated the intersectional perspective that is implicit in CEDAW when deciding individual communications. If CEDAW and the CEDAW Committee are to realise its goals of achieving gender equality and securing women's human rights it is crucial to fully understand the complex and interlocking factors that result in gender inequality and violations of women's human rights.

Unlike in the Individual Communications, in the General Recommendations the CEDAW Committee is interpreting the treaty to ensure an expansive and fluid approach to intersectional discrimination. The CEDAW Committee's interpretation is not legally binding. However, there is increasing recognition that the work of the CEDAW Committee is an authoritative interpretation and it is 'undoubtedly true that [treaty bodies] have considerable legal weight' (CRAVEN, 1995, p. 9).[12] The CEDAW Committee has 'contributed through progressive thinking to the clarification and understanding of the substantive content of the Convention's articles and the specific nature of discrimination against women and the instruments for combating such discrimination' (CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, § 3).

There is great value in understanding how the CEDAW Committee has approached intersectional discrimination.

The CEDAW Committee in its work makes limited reference to intersectional discrimination, but when it does it also adopts the expansive and fluid approach to intersectionality consistent with the interpretation proposed above. In General, Recommendation No. 25 on temporary special measures the CEDAW Committee observes that 'certain groups of women, in addition to suffering discrimination directed against them as women, may also suffer from *multiple forms of discrimination*, based on additional grounds as race, ethnic or religious identity, disability, age, class, caste or other factors' (CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, § 12). This is consistent with the approach of the ICCPR and ICESCR in describing intersectional discrimination. However, in General Recommendation No 28 on state's obligations, the CEDAW Committee holds that 'the discrimination of women based on sex and gender is *inextricably linked* with other factors that affect women, such as race ethnicity, religion or belief, health, status, age, class, caste, sexual orientation and gender identity' (CEDAW Committee, General Recommendation No. 28, § 18). This is a strong statement and goes much further than the other UN treaty bodies that only refer to multiple and intersecting forms of discrimination. It recognises that 'categories of discrimination cannot be reduced to watertight compartments.'[13] The CEDAW Committee is holding that it is impossible to argue that only sex or gender is the basis for the discriminatory treatment. All aspects of a woman's identity are highly relevant when assessing sex and gender discrimination. Under this interpretation so long as sex or gender is one of the bases for the disadvantage treatment it is permissible and necessary to examine how other identity characteristics are linked together to explain the disadvantaged treatment. The CEDAW Committee is arguing that if women interact with different identities then CEDAW can and should be responding to these new and unique forms of discrimination.

As highlighted above in relation to the dissolution of family relationship and socio-economic status, the CEDAW Committee is not limiting itself to the traditional grounds based approach to intersectional discrimination. When women experience discrimination that is rooted in their gender and interacts with other identities, experiences or cross-cutting problem this falls within CEDAW's commitment to eliminate all forms of discrimination against women. This addresses one of the leading critiques of grounds in relation to intersectionality. The conception of women in CEDAW is not based on a privileged sub-set of women but encompasses all of their identities. If women experience in relation to certain identities or experiences: migrant status (CEDAW Committee, General Recommendation No. 26), statelessness (CEDAW Committee, General Recommendation No. 32) or age (CEDAW Committee, General Recommendation No. 27) they are protected under CEDAW. Furthermore, if women experience discrimination in relation to certain cross-cutting problems that

interact with their gender and the substantive obligations in CEDAW, such as the breakdown of family relationships, violence (CEDAW Committee, General Recommendation No. 19), armed conflict (CEDAW Committee, General Recommendation No. 30), access to justice (CEDAW Committee, General Recommendation No. 32) or poverty they are protected under CEDAW. In a similar vein, in the General Recommendation No. 27 on older women 'the discrimination experienced by older women is often multidimensional, with the age compounding other forms of discrimination based on gender' inter alia, poverty levels, migrant status, marital or family status, minority ethnic or indigenous groups. (CEDAW Committee, General Recommendation No. 27, § 13). This explanation of intersectional discrimination is interesting because alongside referring to established enumerated and analogous grounds, it also refers to literacy, migrant status and poverty. Reference to poverty is particularly interesting because there is still debate, notwithstanding the recognition by CESCR, if poverty or socio-economic status should be recognised as a ground of discrimination (FREDMAN, 2011a, p. 581-87). Including poverty in a list of other grounds may implicitly be advocating that poverty should be recognised as a ground or it may be side-stepping the debate and recognising that like literacy, armed conflict or the breakdown of family relationships poverty is an experience and contributing factor to discrimination. It also implies that under CEDAW there is no need to make complex legal arguments for the recognition of new grounds to ensure that all aspects of an individual's identity are included in the discrimination. The fluid, expansive and integrated approach to intersectionality inherently examines all identity characteristics, experience and problems that contribute to women's disadvantage.

In conclusion, the text of CEDAW and the CEDAW Committee have developed a sophisticated understanding of intersectional discrimination. Sex and gender discrimination is not isolated and fractured off from other forms of discrimination. Rather CEDAW and the CEDAW Committee in the General Recommendations approach from an integrated perspective the harm of intersectional discrimination that is based on eliminating discrimination and achieving equality. Moreover, there is an important recognition that disadvantage is not limited to status-based grounds. Encompassing the identities and experiences under the umbrella of sex and gender is an exciting approach as it holds the potential for CEDAW and the CEDAW Committee to develop a nuanced appreciation of intersectionality.

4 Methodology for analysing the concluding observations

The article now transitions to examine how the CEDAW Committee has used the expansive and fluid understanding of intersectional discrimination developed in the General Recommendations and applied it in the Concluding Observations, Individual

Communications and Inquiry Procedure to address and make recommendations on women, race and poverty. This part explains the role and function of the Concluding Observations, Individual Communications and Inquiry Procedure, the methodology for selecting which Concluding Observations to study in great detail and the evaluative framework for analysing the material.

Under the Optional Protocol to CEDAW (OP-CEDAW), the individual can file an Individual Communication, which is an individualised claim that the state party has violated its obligations under CEDAW.[14] The Committee evaluates written submissions from the individual and the state party and releases a decision evaluating the merits of the claim and provides specific and general recommendations. Article 8 of the OP-CEDAW permits the Committee to initiate an inquiry procedure to investigate grave or systemic violations of CEDAW. By Article 18 of CEDAW when a state party becomes a signatory to CEDAW, it must report every four years on how it has implemented the treaty. The Committee reviews the state report, submission from the civil society organisations, and conducts an oral question and answer session with state representatives. It then releases Concluding Observations that highlights the positive aspects, areas of concern and provide recommendations on how the state can best implement CEDAW and achieve gender equality.

As of May 2015, there are 19 Individual Communications on their merits and two Inquiry Procedures all of which are used in the analysis below. Since there are over 1200 Concluding Observations, for this study I have selected thirteen states using four criteria: (i) regular and sustained reporting to the Committee (ii) the UNDP Gender Inequality Index (iii) World Bank gross national income and (iv) geographic region. This ensures the analysis is objective and has geographic breadth as gender and racial poverty is a global problem and it includes states at different stages of development.

TABLE 1 – **SELECTION OF COUNTRIES FOR INVESTIGATION**

COUNTRY	2013 GII RANK	GNI	GEOGRAPHIC CLASSIFICATION
NORWAY	5	HIGH INCOME	WESTERN EUROPE
CANADA	18	HIGH INCOME	NORTH AMERICA[15]
ROMANIA	55	UPPER MIDDLE INCOME	EUROPE & CENTRAL ASIA
TURKEY	68	UPPER MIDDLE INCOME	EUROPE AND CENTRAL ASIA
ARGENTINA	71	UPPER MIDDLE INCOME	LATIN AMERICA & CARIBBEAN

MEXICO	72	UPPER MIDDLE INCOME	LATIN AMERICA & CARIBBEAN
PHILIPPINES	77	LOWER MIDDLE INCOME	EAST ASIA & PACIFIC
BRAZIL	79	UPPER MIDDLE INCOME	LATIN AMERICA & CARIBBEAN
JORDAN	99	UPPER MIDDLE INCOME	MIDDLE EAST & NORTH AFRICA
KENYA	111	LOW INCOME	SUB-SAHARAN AFRICA
EGYPT	126	LOWER MIDDLE INCOME	MIDDLE EAST & NORTH AFRICA
BANGLADESH	130	LOW INCOME	SOUTH ASIA
ETHIOPIA	173 HUMAN DEVELOPMENT INDEX—GII NOT AVAILABLE	LOW INCOME	SUB-SAHARAN AFRICA

For this evaluation, the states chosen for greater study have a gender inequality index ranging from 5 to 130. In relation to gross national income per capita, there are two high income countries, six upper middle income countries, two lower middle income countries and three low income countries. There is one country from Western Europe, one from North America, two countries from Europe & Central Asia, three from Latin American & Caribbean, one from East Asia & Pacific, two from Middle East & North Africa, one from South Asia and two countries from Sub-Saharan Africa. These four criteria and the thirteen states selected ensure an objective and comprehensive understanding of how the state has understood the intersection between women, race and poverty in relation to CEDAW.

It is also essential to have an analytical framework to properly understand how the CEDAW Committee has addressed intersectional discrimination in the Individual Communications, Inquiry Procedure and Concluding Observations. CEDAW aims to eliminate discrimination and achieve gender equality so that women can enjoy and exercise their human rights. The mandate to address intersectional discrimination in CEDAW is linked to the commitment to achieve gender equality. Since gender equality is a fundamental aim of CEDAW, it offers an ideal framework to assess if the CEDAW Committee is using intersectional discrimination to achieve the goals of the treaty.

This presents a further challenge. Although the CEDAW Committee has explained that the treaty is premised on both formal and substantive equality (CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, § 7; CUSACK AND PUSEY, 2013, p. 63; BYRNES, 2013), it has never consistently or coherently explained what it means by

substantive equality. Byrnes describes the CEDAW's Committee's approach to equality as fluid (IBID, p. 64). At times, it indicates equality requires: differential treatment (CEDAW Committee, General Recommendation No. 28, § 16); an equal start; 'an enabling environment to achieve equality of results' (CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, § 8); 'strategies for overcoming underrepresentation of women and a redistribution of resources and power between men and women' (Ibid); 'the ability to develop personal ability… [to] make choices without the limitation set by stereotypes, rigid gender roles and prejudices' (CEDAW Committee, General Recommendation No. 28, § 22); and most powerfully the 'real transformation of opportunities, institutions and systems so that they are no longer grounded in historically determined male paradigms of power and life patterns' (CEDAW Committee, General Recommendation No. 25, § 9). Byrnes convincingly argues that transformative equality is the objective 'which is embodied in the text and spirit of the Convention' (BYRNES, 2013, p. 56).

There is no accepted definition of transformative equality but there is an emerging consensus. Cusack and Pusey argue for a two pronged approach to transformative equality: first, the transformation of 'institutions, systems and structures that cause or perpetuate discrimination and inequality' and second 'the modification or transformations of harmful, norms, prejudices and stereotypes' (CUSACK AND PUSEY, 2013, p. 64). Byrnes explains that 'transformative equality denote[s] a change of fundamental and far-reaching nature' (BYRNES, 2013, p. 56) While Fredman argues transformative equality pursues four-overlapping aims: breaking the cycle of disadvantage, promoting respect for dignity and worth, accommodating difference by achieving structural change and promote political and social inclusion and participation (FREDMAN, 2011, p. 25) Fredman's definition of transformative equality is ideally suited to evaluating laws, policies and programmes, because it offers an easy to apply yet sophisticated framework in which to assess the nuances of gender inequality (idem). In assessing how the CEDAW Committee has applied its understanding of intersectional discrimination, Fredman's transformative equality is used as an evaluative framework.

Before turning to the Individual Communications, Inquiry Procedure and Concluding Observations, it is necessary to investigate, in further detail, Fredman's definition of transformative equality. The first element is to redress disadvantage. This recognises that disadvantage tracks onto identity characteristics. To break this imbalance requires specific and positive measures (ibidem, p. 27-8). The second element addresses recognition harms such as: harassment, prejudice, stereotypes, stigmas, negative cultural attitudes, indignity and humiliation (ibidem, p. 29). Third, with respect to structural change, rather than requiring individual conformity, this dimension questions and requires institutions and structures to change. For example, the formal labour market is based on male working hours. This has excluded women with

child care responsibilities from the workforce. Equality demands that the formal labour market change to account for different life experiences. The fourth element, the participation dimension requires inclusion of women in all public, private, political and social decision making processes. Placing these four elements together highlights the connection between different types of gender equality harms. For example, it demonstrates how poverty reduction programmes which are based on a head of the household model while seemingly addressing women's disadvantage can continue to marginalise women and perpetuate gendered relationships of dependency (CEDAW Committee, Concluding Observations: UK, § 62-3).

5 Applying intersectional discrimination in CEDAW

There is overwhelming evidence that the CEDAW Committee is applying the fluid and expansive concept of intersectional discrimination that it is pioneering in the General Recommendations in the Concluding Observations, Inquiry Procedure and Individual Communications. This section uses the relationship between women, race and poverty as a case study to analyse the CEDAW Committee's application of this new approach to intersectionality. This is particularly intriguing because although there is only one reference to both race and poverty in the preamble of CEDAW, the CEDAW Committee is interpreting equality and non-discrimination in CEDAW to draw out the connection between women, poverty, race, equality and non-discrimination. At the same time, the transformative equality framework reveals areas where the CEDAW Committee can further develop and apply intersectional discrimination.

The strongest example of the CEDAW Committee's approach to women, race and poverty comes from the Inquiry Procedure into missing and murdered aboriginal women in Canada. It uses very strong language to explain intersectional discrimination: 'Aboriginal women face intersectional discrimination stemming from factors… which are *inextricably intertwined*' (CEDAW Committee, Report of Inquiry, § 204). The CEDAW Committee specifically analyses how gender, race and socio-economic status contribute to violence against Aboriginal women. The CEDAW Committee draws strongly on the disadvantage element to analyse intersectional discrimination. It observes that for poor, rural Aboriginal women 'hitchhiking is a common practice' which 'increases the risk of Aboriginal women to abduction and being a murder victim' (ibidem, § 106). Aboriginal women live in inadequate housing, lack education and employment opportunities. The CEDAW Committee is concerned that this 'increase women's vulnerability to violence, as a lack of access to such resources reduces the choices of women prevents them from escaping violence' (ibidem, § 112). The CEDAW Committee draws on all elements of the transformative equality framework to propose recommendations. To redress disadvantage, Canada must improve the socio-economic conditions affecting Aboriginal women (ibidem, § 216).

Canada had submitted evidence of the poverty reduction plans it has in place but the CEDAW Committee calls the state to task by observing that the measures it is taking to reduce socio-economic disadvantage are not focused on the specific needs of Aboriginal women (ibidem, § 118). To address the recognition harms, the CEDAW Committee recommends that police officers take seriously reports of missing Aboriginal women and treat persons making the report with respect and dignity (ibidem, § 216) and significantly strengthen awareness-raising on Aboriginal culture for police and justice officials (idem). Drawing on the structural element, the CEDAW Committee encourages Canada to provide sufficient funding for legal aid, make legal aid available to Aboriginal women, if necessary free of charge so as to improve the relationship between Aboriginal women and the justice system, and to conduct a national inquiry to root out the systemic causes of discrimination and violence against Aboriginal women (idem). Finally, the Committee recommends that Canada continue to work with Aboriginal women's representatives (idem). This represents both a nuanced understanding of how intersectional discrimination contributes to women's poverty, violence against women and how transformative equality can be used to remedy this unique form of harm.

In the Concluding Observations there is also specific attention to the relationship between women, race and poverty. The CEDAW Committee is particularly aware about how poverty tracks onto other identities. It implicitly uses the transformative equality framework, specifically drawing on the disadvantage element. Again in Canada, the CEDAW Committee points out that Aboriginal women live in impoverished conditions 'which include high rates of poverty, poor health, inadequate housing, lack of access to clean water... have higher rates of unemployment and face a greater pay gap...' (CEDAW Committee, Concluding Observations: Canada, § 43). Again using the disadvantage element of transformative equality, the CEDAW Committee recommends that Canada develop a specific and integrated plan and take effective and proactive measures for addressing the needs of Aboriginal women (ibidem, § 44). Furthermore, it is concerned that cuts to social assistance rates '[have] a negative impact on vulnerable groups of women such as aboriginal women, Afro-Canadian women [and] immigrant women, who rely on social assistance for an adequate standard of living' and recommends that the state ensure 'that funding decisions meet the needs of the most vulnerable groups of women and do not result in discrimination against women' (ibidem, § 13-14). When reviewing the state report for Turkey, the CEDAW Committee notes that disadvantaged women—Kurdish, ethnic minority, migrant, elderly and disabled women—are more vulnerable to poverty (CEDAW Committee, Concluding Observations: Turkey, § 38). Similarly, in Romania, Roma woman are disproportionately poor (CEDAW Committee, Concluding Observations: Romanian, § 26). Finally, in Argentina, the CEDAW Committee again uses the disadvantage element to draw to the state's attention to

the fact that rural indigenous women live in extreme poverty, that they are marginalised and lack access to health care, education, credit facilities and community services (CEDAW Committee, Concluding Observations: Argentina, § 40). There is evidence that the CEDAW Committee is also using the structural element in relation to Brazil. Domestic workers in Brazil are principally women of African descent and are 'generally excluded from the protection of labour law and are vulnerable to exploitation by their employers' (CEDAW Committee, Concluding Observations: Brazil, § 27). The CEDAW Committee recommends that Brazil protect domestic workers against exploitation and extend legal protection to domestic workers (ibidem, § 28).

There are also several examples of the CEDAW Committee drawing together multiple aspects of transformative equality to address intersectional discrimination in the context of women, race and poverty. In Mexico, the CEDAW Committee uses the disadvantage element to express concern at the high levels of poverty, illiteracy and multiple forms of discrimination against indigenous rural women and recommends that poverty eradication strategies pay special attention to this group of women (CEDAW Committee, Concluding Observations: Mexico (2012), § 434). It further draws on the participation element to recommend Mexico that rural indigenous women be included 'into the development process both as beneficiaries and as protagonists' (CEDAW Committee, Concluding Observations: Mexico, § 403). This is very important for ensuring the empowerment of women with intersectional identities. There is also evidence of the CEDAW Committee drawing on the disadvantage and recognition elements in relation to the gender pay gap in Brazil. In Brazil, the CEDAW Committee observes that 'the wage gap between men and women fluctuates between 17% and 40% depending on the race, ethnicity and education of women' and expressed concern that 'stereotypes related to gender and race contribute of Afro-descendent and indigenous women into lower quality jobs' (CEDAW Committee, Concluding Observations: Brazil (2012) § 26). It is the negative cultural attitudes and stereotypes on gender and race (recognition element) that contribute to women's economic disadvantage (disadvantage element). The recommendations also draw on both elements. Brazil is encouraged to close the gender pay gap to remedy the economic disadvantage and to 'adopt effective measures, including temporary special measures to eliminate occupational segregation based on stereotypes relating to gender, race and ethnicity' (ibidem, § 27(b)).

While this is a positive development, an in-depth analysis of women, poverty and race in the Concluding Observations and Individual Communications reveals that there are a number of inconsistencies in how the CEDAW Committee applies intersectional discrimination. First, there are inconsistencies in relation to which states the CEDAW Committee discusses the relationship between gender, race and poverty. There is no explicit mention of this form of intersectional discrimination

in the Concluding Observations for Bangladesh, Norway, Jordan or Ethiopia. The CEDAW Committee is not always consistent in how it addresses intersectionality in relation to one, individual state. In the sixth reporting round for Brazil, the CEDAW Committee expresses concern about Afro-Brazil domestic workers, but does not refer to this issue in the seventh reporting round. Second, related to this inconsistency, at times the CEDAW Committee overlooks the intersectional aspects of sex and gender discrimination. As one example, in Jordan and Egypt the CEDAW Committee advocates for the extension of legal protection to domestic workers, but there is no reference to the race or ethnicity of domestic workers (CEDAW Committee, Concluding Observations: Jordan, § 44; CEDAW Committee, Concluding Observations: Egypt, § 35). This is problematic. The International Labour Organisation estimates that in the Middle East the 'vast majority of domestic workers are migrants' (ILO, 2013, p. 32). In Jordan alone there are an estimated 70,000 to 98,000 migrant domestic workers (FRANTZ, 2014, p. 10) and the abuse and exploitation was so severe that for a period of time The Philippines banned migration to Jordan (JUREIDINI, 2009, p. 77). Third, even when the CEDAW Committee expresses concern on women's intersectional discrimination, it does not consistently follow this up with a tailored recommendation. For example, while the Concluding Observations from Argentina note that indigenous rural women live in extreme poverty, the concerns and recommendations on the state's poverty reduction programmes are solely on the basis of gender and do not incorporate an intersectional perspective (CEDAW Committee, Concluding Observations: Argentina, § 18). Research has shown that the state report and civil society organization submissions to the CEDAW Committee in the periodic reporting process are influential in ensuring an issue is included in the Concluding Observations (CAMPBELL, 2014). To ensure a more consistent approach to intersectional discrimination it is necessary for the state to provide this information. A possible way to encourage the relevant actors to include data and information on the situation of women with multiple identities in their submissions to the CEDAW Committee is through first, a General Recommendation that specifically examines the relationship between CEDAW and intersectionality and second, by reforming the state reporting guidelines on the periodic report to specifically ask for the state to address this issue. This would be a step towards ensuring that the relevant information is before the CEDAW Committee and hopefully improve its consistency in addressing intersectionality. At the same time, it is also important to acknowledge that there is a chronic problem with states not providing data on intersectionality and the CEDAW Committee routinely calls for disaggregated data on the situation of women (CEDAW, General Recommendation No. 9). Collecting data on women with multiple identities can be both costly and time consuming. There are two ways this limitation can be overcome. First, the Individual Communications procedure does not require data as these decisions are only examining the intersectional

discrimination of one woman. This forum is an opportunity for the CEDAW Committee to delve into the intersectional aspects of the communication. Second, irrespective of the lack of data, the CEDAW Committee can be more attentive to intersectional aspects of women's disadvantage by continually inquiring of the state its approach to this unique form of discrimination in the constructive dialogue session of the periodic reporting process.

There is one further critique of the CEDAW Committee's current approach to intersectionality. While the CEDAW Committee uses all of the elements of transformative equality to address intersectional discrimination, it is strongest in relation to the disadvantage element of transformative equality. It has yet to employ consistently the remaining elements of the framework to address intersectional discrimination. The CEDAW Committee's decision in *Teixeira*, the facts which were used in Section I to explain CEDAW's implicit commitment to intersectional discrimination, illustrates the limits of the CEDAW Committee's current approach and the potential of transformative equality framework and intersectional discrimination.

Teixeira was a rural, Afro-Brazilian woman who lived in poverty. A few days before giving birth, she attended a local health centre complaining of severe nausea and abdominal pain. Two days later, she delivered a stillborn foetus. She underwent surgery to remove the placenta 14 hours after delivery, but her condition worsened. The health centre contacted both public and private hospitals with superior facilities to treat her. One private hospital had space but it refused to send its only ambulance to transport her. Teixeira 'waited in critical conditions for eight hours to be transported to the hospital.'[16] At the hospital she was left largely unattended in the hallway for 21 hours until she passed away. She died due to a digestive haemorrhage, which was the result of the delivery of a stillborn foetus. Her mother filed an individual communication and the CEDAW Committee concluded that Teixeira was discriminated against because she was 'of African descent and on the basis of her socio-economic background.'[17] The Committee is correct to take account of Teixeira's unique experience, but it seems unsure of the consequences of this finding. In the substantive decision there is no detailed assessment of how her multiple identities contributed to her death and there is no reference to intersectional discrimination in the CEDAW Committee's recommendation.

Fredman's transformative equality framework demonstrates how the Committee can meaningfully assess how Teixeira's intersectional identity resulted in the denial of gender equality and her human rights. The disadvantage element can demonstrate that women living in poverty, in rural areas and women belonging to ethnic minorities or indigenous populations are among those particularly at risk of maternal mortality (UNSR on the right to health, 2006). These insights can be used to evaluate whether Brazil's polices are targeted towards the needs of disadvantaged women and can be used to create meaningful recommendation such as low cost speedy access

to emergency obstetric health services. The recognition element requires the CEDAW Committee to investigate if the hospital personnel treated her differently due to her race and poverty and can require Brazil to ensure that hospital staff receives training to ameliorate these negative and prejudicial attitudes. Drawing both the recognition and structural elements together, the CEDAW Committee can question how negative stereotypes affect the location, funding, quality and staffing of maternal health facilities where ethnic, indigenous or poor women live. The participation element requires women's participation in the development of maternal health policies. In their submission to the CEDAW Committee Brazil does mention that the policies included women's participation, it would be helpful to remind Brazil that participation includes voices that are routinely marginalised: the poor, indigenous and rural women.[18]

Conclusions

CEDAW is committed to eliminating all forms of discrimination and achieving gender equality so that *all* women can exercise and enjoy their human rights. This implicitly includes a commitment to understanding and addressing intersectional discrimination. Women experience disadvantage and discrimination based on their sex and gender and that is inextricably linked to other identities, factors and experiences such as a race and poverty. Under CEDAW, if sex and gender is one of the bases for the discrimination, it is necessary to examine how other identity and factors contribute to the discrimination. This transcends the discontinuities between intersectionality theory and practice. It moves intersectionality beyond a ground-based approach and approaches multiple identities from a fluid, expansive and integrated perspective. The CEDAW Committee has been pioneering this approach in the General Recommendations, Individual Communications, Inquiry Procedure and Concluding Observations, but it has not been consistently applying it.

There are three complementary solutions to these inconsistencies. The legal basis for intersectional discrimination in CEDAW is equality. The equality framework, particularly transformative equality, is a powerful analytical tool to ensure the CEDAW Committee fully incorporates an intersectional perspective. As mentioned above, the second is to release a General Recommendation on intersectionality that draws significantly on race and poverty. A General Recommendation is an important tool to signal to state parties, other relevant stakeholders and the CEDAW Committee on the importance of reporting and taking action on addressing intersectional discrimination. There are other creative solutions. Third, there are seminars, workshops and training that the CEDAW Committee could hold to ensure its attention is directed towards intersectional discrimination. There needs to be a shift in the mindset of the treaty bodies to recognise. The legal basis and tools are in place to use CEDAW

as a platform for constructive dialogue sessions with state parties on developing best practices to eliminate intersectional discrimination.

National and regional human rights instruments are usually framed differently than CEDAW. The individual can usually chose various grounds on which to base their claim for discrimination while under CEDAW the text of CEDAW has chosen one specific ground: sex and gender. Using a specific ground CEDAW implicitly ensures a rich understanding of the complex and interlocking ways women experience discrimination and this ensures intersectional discrimination is addressed in the treaty. The textual difference between other human rights instruments and CEDAW is important but CEDAW's fluid and expansive approach can serve as springboard to new and creative thinking on the relationship between grounds and intersectional discrimination at both the domestic and international level.

NOTES

***** Dr Meghan Campbell, LLLB (Manitoba), LLM (Edinburgh), DPhil (Oxon) is the Weston Junior Research Fellow, New College, Oxford University and Deputy Director of the Oxford Human Rights Hub. Thank you to Sandra Fredman, Laura Hilly, Shreya Atrey, Jaakko Kusoamanen, Helen Taylor, Max Harris, Richard Martin and Victoria Miyandazi for their insightful comments.

1 1249 UNTS 13.

2 *Corbiere v Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* [1999] 2 SCR 10.

3 See for example, *Bahl v Law Society,* [2004] EWCA 1070 (English Court of Appeal).

4 999 UNTS 171.

5 993 UNTS 3.

6 Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 UNTS 195.

7 Convention on the Rights of the Child, 1577 UNTS 3.

8 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A/RES/61/106 (CRC).

9 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families 2220 UNTS 3 (CMW).

10 Article 2(1) of CRC; Article 1 of CMW.

11 *Da Silva Pimentel Teixeira v Brazil*, (2011) CEDAW/C/49/D/17/2008.

12 See also *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo),* [2010] ICJ Rep 693.

13 *Egan v Canada*, [1995] 2 SCR 513, 561-4 (dissenting judgment of Justice L'Heureux-Dube).

14 2131 UNTS 83.

15 These are my own classifications because they are high income neither Norway nor Canada are geographically classified by the World Bank.

16 *Teixeira,* § 2.8.

17 Ibidem, § 7.7.

18 Ibidem, § 4.12.

REFERENCES

ATREY, Shreya. *Realising Intersectionality in Discrimination Law* (DPhil Thesis, Oxford University, 2015).
BOND, Johanna E. 'International Intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Exploration of Women's International Human Rights Violations (2003) 53 Emory Law Journal 71.
BYRNES, Andrew. 'Article 1' in Marsha A. Freeman, Chrstine Chinkin and Beate Rudolf (eds) in *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary* (OUP, 2013).
BONTHUYS, Elsje. 'Institutional Openness and Resistance to Feminist Arguments: The Example of the South African Constitutional Court' (2008) 20 Can J of Women and the L 1.
CAMPBELL, Meghan. *Gender-Based Poverty: A Study on the Relationship between Gender-Based Poverty and CEDAW* (DPhil Thesis, Oxford University 2014).
CEDAW Committee, 'General Recommendation No. 9: statistical data' (1989) CEDAW/C/GC/9.
_____. 'General Recommendation No. 19: on violence against women' (1992) CEDAW/C/GC/19.
_____. 'General Recommendation No. 25: on temporary special measures' (2004) CEDAW/C/GC/25.
_____. 'General Recommendation No. 26: women migrant workers' (2008) CEDAW/C/GC/26.
_____. 'General Recommendation No. 27: older women and the protection of their human rights' (2010) CEDAW/C/GC/27.
_____. 'General Recommendation No. 28: on the state's core obligations' (2010) CEDAW/GC/C/28.
_____. 'General Recommendation No. 30: on women in conflict prevention, conflict and post-conflict situations' (2013) CEDAW/C/GC/30.
_____. 'General Recommendation No. 32: on the gender related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women' (2014) CEDAW/C/GC/32.
_____. 'Report of the Inquiry Concerning Canada of the CEDAW Committee under article 9 of the Op-CEDAW' (2015) CEDAW/C/OP.8/CAN/1.
_____. 'Fifth Concluding Observations: Jordan' (2012) CEDAW/C/JOR/5.
_____. 'Fifth Concluding Observations: Mexico' (1998) A/53/38/Rev.1 (1998).
_____. 'Seventh Concluding Observations: Canada' (2008) CEDAW/C/CO/CAN/7.
_____. 'Seventh Concluding Observations: Egypt' (2010) CEDAW/C/EGY/CO/7.
_____. 'Seventh Concluding Observations: Kenya' (2011) CEDAW/C/CO/KEN/7.
_____. 'Seventh Concluding Observations: United Kingdom' (2013) CEDAW/C/GBR/CO/7.
_____. 'Sixth Concluding Observations: Argentina' (2010) CEDAW/C/ARG/CO/6.
_____. 'Sixth Concluding Observations: Brazil' (2007) CEDAW/C/BRA/CO/6.
_____. 'Sixth Concluding Observations: Mexico' (2002) CEDAW/A/57/38 part III.

_____. 'Sixth Concluding Observations: Romania' (2006) CEDAW/C/GC/6.
_____. 'Sixth Concluding Observations: Turkey' (2010) CEDAW/C/CO/6.
CERD Committee, 'General Comment No. 25 On gender related dimensions of racial discrimination' (2000) CERD/C/GC/25.
_____. 'General Comment No. 30: on discrimination against non-citizens' (2004) CERD/C/GC/30.
CESCR Committee, 'General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art 2, § 2 of ICESCR)' (2009) E/C.12/GC/20.
CHINKIN, Christine and Marsha Freeman. 'Introduction' in Marsha A. Freeman, Chrstine Chinkin and Beate Rudolf (eds) in *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary* (OUP, 2013).
CMW Committee, 'General Comment No. 1: on migrant domestic workers' (2011) CMW/C/GC/1.
CPRD Committee, 'General Comment No. 1: Article 12 Equal Recognition Before the Law' (2014) CPRD/C/GC/1.
CONAGHAN, Joanne. 'Intersectionality and UK Equality Initiatives' (2007) South African J of Human Rights 317.
CRC Committee, 'General Comment No. 9: The Rights of Children with Disabilities' (2007) CRC/C/GC/9.
_____. 'General Comment No. 10: Children's Rights in Juvenile Justice' (2009) CRC/C/GC/10.
_____. 'General Comment No. 11: Indigenous Children and Their Rights Under the Convention' (2009) CRC/C/GC/11.
CRAVEN, Matthew. *The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development* (OUP, 1995).
CRENSHAW, Kimberle. 'Demarginalising the Intersection of Race and Sex' (1989) University of Chicago Legal Forum 139.
CUSACK, Simone and Lisa Pusey, '*CEDAW* and the rights to equality and non-discrimination' (2013) 14 Melbourne J of Int'l L 54.
FRANTZ, Elizabeth. 'Breaking the Isolation: Access to Information and Media Among Migrant Domestic Workers in Jordan and Lebanon' (Open Society Foundation, 2014). <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/migrant-workers-information-report-20140223.pdf>.
FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*, 2nd ed (Claredon, 2011).
_____. 'The Potential and Limits of an Equal Rights Paradigm in Addressing Poverty (2011(a)) 22(3) Stellenbosch L Rev 566.
HRC, 'General Comment No. 28: Article 3(The equality of rights between men and women) (2000) CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.
ILO, 'Domestic Workers Around the World: Global and regional statistics and the extent of legal protection' (ILO, 2013). < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—-dgreports/—-dcomm/—-publ/documents/publication/wcms_173363.pdf>
GARDNER, John. 'On the Ground of Her Sex(uality) (1998) Oxford J of Legal Studies 167.
GRILLO, Trina. 'Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Masters' House' (1995) 10 Berkeley Women's L J 16.
IYER, Nitya. 'Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity' (1993) 19 Queen's Law Journal 179.
JUREIDINI, Ray. 'Irregular Workers in Egypt: Migrant and Refugee Domestic Workers' (2009) 11(1) International Journal of Multicultural Societies: The Human Rights of Migrants 75.
MACKLEM, Timothy. *Beyond Comparison: Sex and Discrimination* (CUP, 2012).
OTTO, Dianne. 'Women's Rights' in Daniel Moeckli et al (eds) *International Human Rights Law* (OUP, 2010).
RADAY, Frances. 'Gender and Democratic Citizenship: The Impact of CEDAW' (2012) 10(2) Int'l J of Con. L 512.
REAUME, Denise. 'Of Pigeon Holes and Principles: A Reconsideration of Discrimination Law' (2002) 40 Osgoode Hall Law Journal 113.
UNITED NATIONS. *The Millennium Development Report*. New York, 2014.
_____. Special Rapporteur on the right to health, 'The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health' (2006) A/61/338.

Meghan Campbell

Weston Junior Research Fellow, New College, Oxford University.

Oxford – England
meghan.campbell@pmb.ox.ac.uk

RECEBIDO EM 30.07.2015 | APROVADO EM 04.11.2015

A CONSTRUÇÃO DA MEMÓRIA E DA VERDADE NUMA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Maria Amélia de Almeida Teles

CONSTRUCTION OF MEMORY AND TRUTH IN A GENDER PERSPECTIVE

RESUMO

O TEXTO DISCUTE A NECESSIDADE DE UMA CONSTRUÇÃO DA MEMÓRIA E DA VERDADE SOB UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO ACERCA DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NA RESISTÊNCIA CONTRA A DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1964-1985), VISTO QUE ESTA OCORREU DE FORMA INTENSA E O TEMA AINDA HOJE NÃO É DEVIDAMENTE TRATADO.

PALAVRAS-CHAVE

MEMÓRIA; VERDADE; GÊNERO; RESISTÊNCIA FEMININA; DITADURA MILITAR.

ABSTRACT

THE PAPER DISCUSSES THE NECESSITY OF A CONSTRUCTION OF MEMORY AND TRUTH FROM A GENDER PERSPECTIVE ON WOMEN'S PARTICIPATION IN THE RESISTANCE AGAINST THE BRAZILIAN MILITARY DICTATORSHIP (1964-1985), AS THIS OCCURRED IN AN INTENSE WAY AND THE ISSUE IS STILL NOT PROPERLY TREATED.

KEYWORDS

MEMORY; TRUE; GENDER; FEMALE RESISTANCE; MILITARY DICTATORSHIP.

Espancaram-me no rosto até eu ficar desfigurada. […] O "Márcio" invadia minha cela para "examinar" meu ânus e verificar se o "Camarão" havia praticado sodomia comigo. Esse mesmo "Márcio" obrigou-me a segurar seu pênis, enquanto se contorcia obscenamente. Durante esse período fui estuprada duas vezes pelo "Camarão" e era obrigada a limpar a cozinha completamente nua, ouvindo gracejos e obscenidades, os mais grosseiros […]
(Inês Etienne Romeu[1])

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201522

Introdução

Ao tratar do tema "verdade e gênero", temos que referenciar as mulheres na luta contra a ditadura militar (1964-1985). E isso me traz à memória a militante Inês Etienne Romeu, que faleceu recentemente, em 27 de abril de 2015, com 73 anos de idade. Ela foi presa política, sequestrada por um dos mais "temidos" torturadores da época, Sérgio Paranhos Fleury, delegado do Dops-SP e chefe do "Esquadrão da Morte".[2] De imediato, foi transferida para o Rio de Janeiro, onde passou pelo DOI-Codi[3] e, em seguida, foi entregue ao pessoal do Centro de Informações do Exército (CIE), que a levou para um centro clandestino da repressão, que mais tarde, graças às suas denúncias, ficou conhecido como "Casa da Morte", localizado em Petrópolis (RJ). Aliás, ela é a única sobrevivente desse centro clandestino que denunciou publicamente. Um dos principais integrantes do CIE, o coronel do Exército Paulo Malhães (1937-2014), conforme seu próprio depoimento à Comissão Nacional da Verdade e à Comissão da Verdade do Estado do Rio de Janeiro, era um dos responsáveis pela criação e manutenção da "Casa da Morte", montada para torturar militantes políticos de oposição a fim de transformá-los em agentes de "informação" ou "agentes infiltrados" e, assim, desmantelar as organizações da esquerda. As informações que vinham de dentro do próprio movimento subsidiaram os agentes e todo o aparato repressivo na intensificação da perseguição e extermínio dessas organizações. Os agentes públicos, como o coronel Paulo Malhães, que também usava o codinome Dr. Pablo, obrigavam os militantes a trabalhar para eles – caso resistissem, eram mortos.

Inês sofreu pressão para se transformar em "espiã" da esquerda. Depois de muito torturada, tentou suicídio, e quando teve finalmente sua prisão "oficializada", com muita coragem e dignidade, ainda sob o total controle dos repressores, denunciou os crimes bárbaros a que foi submetida. Aqui faço uma pequena homenagem a ela, com um trecho do texto que escrevi por ocasião de sua morte em Niterói (RJ):

> O aparato repressivo misógino da ditadura militar não suportava a inteligência, a ousadia e capacidade estrategista de Inês. Ela fugia totalmente ao estereótipo da submissão, da subalternidade e da falta de iniciativa. Ela foi a única sobrevivente da Casa da Morte (um dos principais centros clandestinos, localizado em Petrópolis-RJ). Os torturadores a estupraram, a espancaram, a humilharam, a violentaram de todas as maneiras. Mas ela manteve íntegra sua dignidade e enfrentou o terror e o medo para denunciá-los. Graças a sua capacidade de observar e registrar, ela guardou em sua memória os detalhes do lugar onde estava e assim denunciou a "Casa de Petrópolis". Suas denúncias, feitas por escrito por ela mesma, ainda em 1971 e 1979, o que significa em plena ditadura, são valorosas ainda nos dias de hoje, no pós Comissão da Verdade. Com sua atitude

> ousada, ela antecipou a Comissão da Verdade. Seu nome deve se inscrever em espaço relevante na história brasileira. Ela se foi. Seu legado fica no memorial dos que defenderam a democracia e sua consolidação. O seu legado maior sempre foi e será a verdade histórica. Oxalá, o Estado brasileiro venha, de fato, investigar os crimes de lesa-humanidade, como os estupros, os desaparecimentos forçados cometidos pela ditadura militar, testemunhados por Inês Etienne. Esta seria a maior homenagem a esta mulher que dedicou sua vida à defesa da justiça. (TELES, 2015).

Outras mulheres militantes políticas passaram por situações semelhantes, ou muito difíceis, tanto na clandestinidade como nos cárceres da ditadura. No entanto, são pouco lembradas e reconhecidas. Quando pensei, juntamente com outras ex-presas políticas, em tratar do tema "verdade e gênero", encontrei resistência por parte de integrantes da Comissão da Verdade, profissionais e ativistas que lidavam com as questões relativas à verdade. Alegavam que tanto homens como mulheres foram igualmente torturados, assassinados e desaparecidos. *Por que dar destaque às mulheres?* A minha resposta é que a tortura é imensurável tanto para homens como para mulheres. A tortura dilacera a dignidade humana de ambos os sexos. Mas as mulheres, por serem historicamente discriminadas, sofrem efeitos específicos.

A expressão *gênero* usada aqui nos remete "[...] a relações sociais de poder, especialmente ao modo como diferenças corporais entre homens e mulheres são percebidas socialmente e como podem ser convertidas em desigualdade. [...]" (FACCHINI, 2015).

Portanto, gênero é uma estrutura social que constrói relações desiguais e legitima a desigualdade na participação política, social, econômica e cultural entre mulheres e homens, independentemente da classe social, raça/etnia, orientação sexual, faixa etária. Daí a necessidade de investigar os crimes da ditadura militar sob a perspectiva de gênero, porque tais crimes, embora sejam graves violações de direitos humanos de homens e mulheres, são praticados de forma distinta quando se trata de violações de direitos humanos das mulheres. A ditadura aliou o ódio aos oposicionistas ao ódio às mulheres. As condições específicas das mulheres, como a gravidez, a maternidade, o parto, o aleitamento materno, o abortamento, a menstruação e até mesmo o fato de serem simplesmente mulheres, foram usados, pela repressão política, como mais um recurso para torturar e violentar as mulheres. Ou seja, os agentes do Estado ditatorial utilizaram da condição feminina para acirrar todo o processo de repressão contra a população, inclusive para executar os sequestros, as torturas e os assassinatos. Conspurcaram a dignidade das mulheres que participaram da luta contra a ditadura e isso trouxe um legado à história política de nosso país que não pode ser ignorado, como tem sido até os dias de hoje, sob pena de não superá-lo. A investigação histórica da luta de oposição à ditadura na perspectiva de gênero deve

significar a inclusão das mulheres na medida real de sua participação, como agiram as organizações do aparato repressivo da ditadura contra elas, mas também trazer à tona a atuação das militantes. Além disso, hoje, temos novas informações sobre a atuação de mulheres como agentes policiais do aparato repressivo, como o do DOI-Codi-SP. A publicação de algumas investigações nos revela que algumas dessas mulheres tiveram uma atuação como torturadoras ou no apoio logístico para as práticas da tortura nesse órgão.

Pretendo, neste texto, enfatizar a atuação dos órgãos públicos da repressão política em relação às mulheres militantes e também mencionar a repressão praticada por agentes femininas da polícia militar, ainda que haja pouco material sobre o assunto. Não poderei deixar de comentar a atuação machista das organizações de esquerda que impediram uma maior participação das mulheres na luta contra a ditadura. Por último, quero fazer um registro bem breve da solidariedade anônima de mulheres que nos garantiram a vida e a sobrevivência.

1 O "INIMIGO INTERNO" TEM SEXO?

Para minhas companheiras que eu nunca mais verei. Tiveram suas vidas ceifadas sem sequer chegar aos 30 anos de idade. As relações de gênero assim como as relações étnico-raciais tiveram influência em nosso passado e como...
(Maria Amélia de Almeida Teles)

A ditadura militar brasileira teve como alvo principal, com base teórica e política na doutrina de segurança nacional, eliminar e/ou destruir o potencial criativo e mobilizador do *inimigo interno*, conforme denominação adotada pelos estrategistas militares da época. Esse *inimigo interno* poderia ser qualquer pessoa ou grupo de pessoas que se encontrassem no meio do povo. Inverteu-se assim o princípio do Estado de direito, e todos passaram a ser suspeitos até provarem o contrário.

A repressão política não poupou mulheres e homens que procuraram resistir e criar novas formas de organização e luta.

Sem dúvida, as mulheres foram o segmento da população que mais apresentou mudanças nas suas relações com o trabalho, a família, os homens e também no campo da política. Já que a política era assunto proibido para homens e mulheres. As mudanças políticas, econômicas e sociais, ocorreram, tão bruscamente, em decorrência da implantação da ditadura. Ao negar e proibir a realização da reforma agrária, ao facilitar a entrada do capital estrangeiro, e principalmente das multinacionais, a política ditatorial expulsou a população camponesa da terra causando o deslocamento forçado da população rural para as áreas urbanas. Tal acontecimento afetou e alterou o comportamento social, em especial das mulheres, numa perspectiva de tratar de forma

mais abrangente as questões do cotidiano privado e público. Ocorreram outras mudanças pelo mundo que tiveram efeito direto na vida das mulheres. Nos anos 1960, havia sido descoberta a pílula anticoncepcional, que trouxe a possibilidade de se ter relações sexuais sem medo de engravidar. Outro fator que repercutiu na vida das brasileiras foi a ascensão dos movimentos feministas na Europa e nos Estados Unidos, que questionavam o patriarcado e colocavam em xeque o comportamento machista e sexista. Na medida que isso ocorria, impulsionou-se a chamada revolução sexual de 1968, na qual os jovens estudantes, inclusive as mulheres, se rebelaram em diversos países em busca de liberdades.

> [...] escrever em jornal, sair de casa, fazer teatro, fumar, eu comecei a fumar aos 16 anos [...] e o fato de que eu defendia o amor livre. Bom, também fui a primeira moça de Vitória a botar biquíni. Hoje é que eu avalio como isso era radical e continua sendo. (GIANORDOLI-NASCIMENTO et al., 2012, p. 77).

No Brasil, uma parcela de mulheres entrou nos movimentos de luta política contra a ditadura, inclusive na luta armada. Muitas foram viver clandestinas. Precisavam tornar-se invisíveis a cada momento de mais intensa perseguição. Outras foram viver nas periferias das grandes cidades, na área rural e até na selva amazônica, onde ocorreu o movimento guerrilheiro do Araguaia. A repressão implacável as obrigava a mudar de lugar, e em cada lugar precisavam de uma nova identidade. Nas diversas formas de luta adotadas pela esquerda, as pessoas militantes tiveram de enfrentar o risco de sequestro, tortura, morte e desaparecimento forçado.

Mesmo assim as mulheres se comprometeram com as mais diversas organizações da esquerda e participaram de todas as atividades da luta. Enfrentaram a misoginia da ditadura e também a da esquerda.

> Renata estava ali (no partido) para lutar por um lugar na organização; tinha total certeza de que poderia ascender no partido e contribuir de forma mais eficiente. Passou a questionar sua posição e a discriminação que sofria como mulher, porque sabia que tinha condição de se destacar, de subir na hierarquia do partido, mas isso nunca foi permitido. Nesse momento já tinha consciência de que sua luta não era só pela liberdade, mas por um lugar social para a mulher. "Mas esta discussão não tinha o menor espaço no partido." [...] (GIANORDOLI-NASCIMENTO et al., 2012, p. 200).

As organizações políticas de esquerda relutaram em incorporar as mulheres militantes de acordo com o protagonismo que elas já vinham obtendo na vida social e familiar.

O que significava que as mulheres já começavam a agir de uma forma mais autônoma, com capacidade de decisão, com opiniões próprias e tomando mais iniciativas. Talvez as direções da esquerda acreditassem que, por ser tão dura a repressão, as mulheres não conseguiriam enfrentar o inimigo truculento. Talvez quisessem poupar as mulheres, como se isso fosse possível. Mas talvez o fator determinante tenha sido a falta de compreensão da necessidade da participação das mulheres para que houvesse uma mudança histórica da sociedade. Não acreditavam na força política das mulheres. De fato, as organizações de esquerda ainda eram bastante dogmáticas e conservadoras e tinham dificuldade de compreender a mudança de comportamento social das mulheres e que elas queriam ficar à frente das lutas e tinham o direito de protagonizá-las.

> […] Daí a história de discutir todos os padrões, virgindade, tal. Então eu fiz uma guerra tripla, minha guerra era contra o governo, era contra a religião, os princípios e todo o tradicionalismo… e uma guerra contra o papel da mulher. Então eu sabia que eu tava numa guerra mais ampla. […] (GIANORDOLI-NASCIMENTO et al., 2012, p. 209).

Mas a ditadura, à medida que a oposição se mobilizava com ações políticas e armadas, percebeu a força das mulheres na luta e começou a persegui-las com todo o rigor repressivo. Na luta contra a ditadura, armada ou não, participaram mulheres brancas, negras, orientais (japonesas). Para a ditadura o inimigo tinha sexo, raça/etnia e classe social, e as mulheres só eram comparáveis aos *gays*, nas palavras de um dos matadores e torturadores da época, o alto oficial do Exército já citado acima coronel Paulo Malhães:

> […] Guerrilheiras mulheres, ele disse que via como se fossem homens. Mas "eu tinha verdadeiro pavor de interrogar as mulheres e, vamos dizer, *gays*, para não usar a palavra que se usava naquele tempo" […]
> […] Isso porque mulheres ou homossexuais, segundo o coronel, preferiam morrer a revelar os nomes dos amantes ou maridos. Já os homens falariam depois de duas ou três horas. "Você 'ganhar' uma mulher é uma coisa, assim, de outro mundo", disse, sem precisar a que método de interrogatório se referia. […] (CARNEIRO, 2014).

Como militantes de esquerda, as mulheres sofreram sequestros e prisões irregulares, foram submetidas a torturas diversas. Houve aquelas que foram torturadas até a morte, algumas tiveram seus corpos sepultados por parentes, outras têm seus corpos insepultos até os dias de hoje.

Com tantas dificuldades, causa surpresa saber que a participação das mulheres na militância foi expressiva.

Na guerrilha rural do Araguaia (localizada no sul do Pará), havia 17% de mulheres guerrilheiras (COMISSÃO DE FAMILIARES DE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS, 2009). O projeto Brasil Nunca Mais apresentou uma pesquisa sobre os processos da justiça militar e chegou a analisar a situação processual de cerca de 7.367 militantes. Desse total, 12% são mulheres (TELES, 1993). De acordo com estudos do Estado-Maior do Exército, em 1970, de um total de quinhentos militantes aprisionados em quartéis do Exército 20% eram mulheres, sendo que no Rio de Janeiro essa cifra chegou a 26% (GIANORDOLI-NASCIMENTO et al., 2012, p. 44). No *Dossiê Ditadura*, no qual são apresentados 436 casos de assassinatos ou desaparecimentos forçados, 51 deles são de mulheres, o que representa 11% dos casos.

Esses índices são ainda mais significativos se comparados aos índices de participação das mulheres na política nos dias atuais. Hoje uma mulher ocupa o cargo de presidenta da República, Dilma Roussef, reeleita pelo voto popular em 2014. (É bom lembrar que Dilma foi presa política, participou da luta armada, foi torturada e condenada pela Lei de Segurança Nacional.) Mas as mulheres continuam sub-representadas na política. Nas eleições de 2014, foram eleitas 51 mulheres para a Câmara Federal, o que significa 9,9%. No Senado, com as últimas eleições, passaram a ser 13,6% (CRESCE..., 2014).

2 Mulheres guerrilheiras

Nossa geração teve pouco tempo,
começou do fim
Mas foi bela nossa procura
Ah! Moça, como foi bela a nossa procura,
Mesmo com tanta ilusão perdida, quebrada,
Mesmo com tanto caco de sonho
Onde até hoje a gente se corta!
(Alex Alverga, 1978)

No que se refere às mulheres assassinadas/desaparecidas, mesmo com o funcionamento da Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei n. 12.528/2012, cujo período de vigência se deu de 16 de maio de 2012 a 10 de dezembro de 2014, ocorreram pouquíssimos avanços nas investigações dos casos. Houve uma negação de responsabilidade por parte das Forças Armadas e do Ministério das Relações Exteriores, dois ministérios que concentram informações sobre o período, que se recusaram a dar informações, principalmente sobre os desaparecimentos e/ou assassinatos.

> É fundamental ressaltar a grande dificuldade de acesso aos arquivos públicos, mais notadamente os da ditadura: instituições como as Forças Armadas e o Ministério das Relações Exteriores, fundamentais para a cadeia de repressão e o sistema de vigilância, continuam a negar o acesso a certos documentos do período, ainda desconhecidos, e ainda não fizeram a autocrítica necessária para a vida democrática. (COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO)

Com todo esse cerceamento às informações houve denúncias nas Comissões da Verdade que merecem um aprofundamento das investigações e devem ser judicializadas sob pena de o Estado brasileiro mais uma vez legitimar as graves violações de direitos humanos, perpetuando assim a violência, a tortura, os assassinatos e os desaparecimentos forçados por parte de agentes do Estado.

Maria Augusta Thomaz era militante do Movimento de Libertação Popular (Molipo), um grupo político revolucionário de esquerda, da luta armada, o que a fez se tornar uma guerrilheira. Nascida em 14 de novembro de 1947, na cidade de Leme, São Paulo, é desaparecida política desde 17 de maio de 1973. Ela, junto com seu companheiro Márcio Beck Machado (1943-1973), foram mortos por agentes do DOI-Codi-SP e do CIE em uma fazenda situada entre as cidades de Rio Verde e Jataí, na época no estado de Goiás. Seus corpos jamais foram entregues a seus familiares para que fossem sepultados – "A morte de Maria Augusta e Márcio teria sido comentada nos corredores do DOI-Codi paulista, segundo o depoimento de vários presos políticos, detidos naquela época" (COMISSÃO DE FAMILIARES DE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS, 2009, p. 438).

Maria Augusta, em sua militância política, junto com oito companheiros (todos homens, ela era a única mulher), sequestrou um avião Boeing, da Varig, durante o trajeto Buenos Aires-Santiago, desviando-o para Cuba. Todos foram para lá para fazer treinamento militar. Mas Maria Augusta encontrou oposição dos próprios companheiros quanto à sua participação no treinamento.

> Ela participou do treinamento em Cuba, e é importante dizer isso, contra a vontade dos companheiros. Ela me contou isso. Cuba tem um viés machista muito forte. E ela me contava que, quando chegou em Cuba, o treinamento era ir para uma região distante, região de mata, para fazer o treinamento ali e vivendo a mata [...], enfim, todas as coisas que você pode imaginar que dizem respeito a sua sobrevivência na mata. Porque o objetivo da guerrilha no Brasil era se deslocar para o campo. E quando se discutiu quem ia, havia uma visão de não ir mulheres, porque mulheres menstruam, têm problemas, têm certa dificuldade, etc. e etc. A Maria Augusta não aceitou isso e ela foi junto com os demais companheiros para

> o treinamento e ela falava com muito orgulho disso. Havia uma graduação entre todos os companheiros que faziam o treinamento. E a Maria Augusta ficou na segunda posição...[4]

Maria Augusta foi um exemplo de uma jovem estudante que rompeu com os tabus, inclusive da esquerda, que considerava as mulheres incapazes de assumir uma luta política extrema.

Hoje, o nome da Maria Augusta Thomaz faz parte da lista dos desaparecidos políticos que nunca tiveram um sepultamento digno.

Sonia Maria Lopes de Moraes Angel Jones (1946-1973), também guerrilheira, era militante da Ação Libertadora Nacional (ALN) e foi sequestrada junto com seu companheiro (também da ALN), Antônio Carlos Bicalho Lana, na cidade de São Vicente, litoral paulista, e levados para o DOI-Codi (SP) (BRASIL, 2014b, p. 1430). O pai dela, professor Moraes, que havia sido coronel do Exército, conseguiu levantar muitas informações a respeito do sequestro, da tortura e do assassinato da filha. O então coronel Adyr Fiuza (comandante do DOI-Codi do Rio de Janeiro) teria enviado para a família o cassetete com o qual ela teria sido torturada e estuprada, o que lhe teria causado hemorragia interna, levando-a à morte. Antes de morrer, seus seios teriam sido decepados. Segundo outra versão, o depoimento de uma testemunha (uma mulher agente da repressão), Sonia se encontrava no DOI-Codi de São Paulo, sob o comando do então major Carlos Alberto Brilhante Ustra, e de lá ela e seu companheiro foram transferidos para o sítio, centro clandestino da repressão, onde teria sido submetida a brutais torturas – a introdução de um camundongo em sua vagina teria causado uma hemorragia interna.[5] Isso teria sido feito pelo torturador Lourival Gaeta,[6] com a conivência dessa mulher policial, que também participou da ação e não autorizou que seu depoimento à Comissão Nacional da Verdade nem sua identidade fossem tornados públicos. Sonia foi torturada, estuprada, assassinada e teve seu corpo ocultado por décadas.

O relatório da Comissão Nacional da Verdade contém a denúncia de que o torturador Lourival Gaeta utilizava animais na prática de tortura – cachorros, ratos, jacarés, cobras, baratas, eram lançados contra as pessoas torturadas ou introduzidos em alguma parte do seu corpo.

> [...] Especificamente em relação aos camundongos, o torturador, Lourival Gaeta, que atuou no DOI durante a década de 1970, em São Paulo, explicava sua destrutividade uma vez introduzidos nos corpos das suas vítimas com o argumento de que este animal não sabe andar para trás. (BRASIL, 2014a, p. 373, 374).

Ana Rosa Kucinsky Silva (1942-1974) e seu companheiro, Wilson Silva (1942-1974), encontram-se desaparecidos desde 22 de abril de 1974. Ana Rosa era professora

na Escola de Química da USP. Saiu do trabalho para encontrar-se com seu companheiro, em local próximo à Praça da República, no centro de São Paulo, e nunca mais foi vista. O delegado de polícia Cláudio Guerra, que era vinculado ao SNI e trabalhou junto ao CIE para matar e ocultar os corpos, declarou, no livro *Memórias de uma guerra suja*, que na época levou doze corpos para serem queimados no forno da Usina Cambayba, em Campos de Goytacazes (RJ) (GUERRA, 2012). Entre os corpos, estavam os de Ana Rosa e Wilson. O corpo de Ana Rosa tinha "marcas de mordidas, talvez por ter sido assaltada sexualmente" e o de Wilson "não tinha unhas na mão direita" (FARIA, 2012).

> [...] entre os agentes da repressão do período da ditadura que confirmaram a prática das torturas está o ex-delegado Cláudio Guerra, do Dops do Espírito Santo e atual pastor evangélico. Guerra, membro de uma das equipes do coronel Freddie Perdigão (um dos integrantes do CIE), mencionou, em 23 de julho de 2014, que este último tinha dois grupos de trabalho distintos e secretos: um de tortura e interrogatório e outro de execução (do qual Guerra fazia parte). Fez referência específica ao caso de Ana Rosa Kucinski Silva, militante da ALN, que, conforme seu relato, teria sido torturada brutalmente no centro clandestino de Petrópolis conhecido por Casa da Morte, inclusive sexualmente: "Ela estava em Petrópolis e foi muito torturada. Ela estava visivelmente violentada. Com os órgãos genitais cheios de sangue e a roupa cheia de sangue". (BRASIL, 2014a, p. 344).

As informações dos detalhes e requintes das mortes nos chegam pelos próprios agentes que as executaram ou por agentes que estavam junto com os executores. Foram poucos os agentes que falaram. Mas é constante em suas falas o fato de que quase sempre as mulheres foram estupradas antes de serem mortas.

Mulheres guerrilheiras, mesmo capturadas, sem armas e sem condições de resistir, foram executadas, pois o Exército e as demais forças armadas se sentiriam desmoralizados se elas permanecessem vivas. Talvez o caso mais emblemático seja o de Dinalva Oliveira Teixeira (1945-1974), guerrilheira do Araguaia, famosa naquelas áreas da guerrilha e conhecida por Dina.

> Ex-guerrilheiros presos na época comentaram que (ela) era temida pelos militares. Tornou-se uma figura lendária por ser exímia atiradora.
> [...] Em matéria do *Jornal do Brasil*, de 12 de abril de 1992, o coronel da reserva Sebastião Rodrigues de Moura, o Curió, um dos oficiais do CIE enviado para reprimir a guerrilha, destaca a coragem das guerrilheiras do PCdoB, conta que sua audácia era temida pelos soldados e que Dinalva

> foi a última guerrilheira a tombar, após uma perseguição que se estendeu por mais de quatro meses.
> Depoimento do coronel da Aeronáutica Pedro Cabral à revista *Veja*, de 13 de outubro de 1993, e à Comissão de Representação Externa da Câmara Federal, faz referência a uma guerrilheira grávida que teria sido morta. Há também comentários de moradores da região que fazem referência à gravidez em estado avançado de Dina. [...]
> De acordo com Elio Gaspari no livro "A Ditadura Escancarada", [...] a mitológica Dina foi assassinada grávida. Ela estava sob o controle do major Curió. (COMISSÃO DE FAMILIARES DE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS, 2009, p. 582-583).

Dinalva Teixeira foi a única guerrilheira da luta contra a ditadura militar que chegou a ocupar o cargo de vice-comandanta da guerrilha do Araguaia. O Exército e as demais forças armadas investiram impetuosamente contra ela, pois ficariam muito desmoralizados se a deixassem viva na selva.

> O nome de Dinalva era um dos poucos não riscados na folha pregada na parede da Casa Azul.[7] Era a "peça" que faltava para o Exército considerar extinta a guerrilha. Com a mulher que virava borboleta, pomba e cupim livre na mata, a vitória da repressão jamais seria assimilada pelos caboclos nos barrancos dos rios, garimpos e povoados, acreditavam os militares. (NOSSA, 2012, p. 209).

3 Mulheres torturadoras?!

O passado está aqui com seus gemidos...
(Mario Benedetti[8])

Por décadas, acreditamos que as mulheres agentes da repressão não atuavam diretamente na prática da tortura dentro do DOI-Codi. Pensávamos que elas faziam parte do esquema de monitoramento e perseguição aos militantes de esquerda. Geralmente, em suas ações, simulavam um "casal de namorados" ou então faziam parte das "encenações" de tiroteios, que eram constantes.

A tenente Neuza, uma das policiais que atuou no DOI-Codi de São Paulo, esclareceu o que a motivava para realizar seu trabalho naquele lugar conhecido também "O Inferno" ou "Casa dos Horrores": "Era uma guerra e eu estava defendendo a minha pátria" (GODOY, 2014, p. 150).

Nela não se vê nenhum sinal de arrependimento, "[...] embora acredite que sua corporação tenha vergonha do que ela e seus colegas fizeram" (GODOY, 2014, p. 150).

Criado em 1955, na Guarda Civil, o Corpo de Policiamento Especial Feminino, contava com treze mulheres policiais no estado de São Paulo. Na década de 1970, com o nome de Quadro Especial de Policiamento Feminino, já eram oitenta as policiais femininas, e algumas delas foram trabalhar na Operação Bandeirante (Oban), que mais tarde teve o nome de DOI-Codi.

O jornalista Marcelo Godoy descreve a participação das policiais mulheres no DOI a partir de entrevistas feitas com elas. Elas disseram que nenhuma fazia parte das equipes de busca ou de interrogatórios. Atuavam na vigilância, seguiam os militantes perseguidos e se responsabilizavam por fazer fotografias dos suspeitos: "Quem iria desconfiar de uma mulher?".

Os militares logo se deram conta da importância do trabalho delas. O então coronel Audir Santos Maciel (comandante do DOI-Codi-SP de 1974 a 1976) disse: "No telefone fazia um levantamento completo de uma ocorrência, o que economiza horas e horas de 'paquera'" (GODOY, 2014, p. 148).

A tenente Neuza se refere assim ao seu trabalho: "Aí eu fui pro meu 'Açougue' [DOI] e aí passaram a acreditar que a mulher também tinha capacidade" (GODOY, 2014, p. 148). Ela participou de "prisão", de emboscadas e de "tiroteios" seguidos de mortes. É importante destacar que as notícias de tiroteios eram falsas (GODOY, 2014, p. 21). Aliás, a própria tenente esclareceu que eram feitas "encenações" para simular os "tiroteios". As mortes ocorriam devido às intensas e brutais torturas a que eram submetidos os militantes políticos. Os agentes responsáveis pelas torturas até a morte, em muitos casos, não têm seus nomes conhecidos pelos próprios presos políticos da época – a não ser quando os próprios agentes assumem seus feitos e levam a público os assassinatos cometidos, o que tem sido muito raro. Dos poucos agentes que falaram, alguns acabaram sendo mortos pelos próprios colegas.

A tenente Neuza assumiu que participou de episódios que resultaram em mortes. Um deles, chamado "a emboscada no restaurante Varella", ocorrido no bairro da Mooca, em 14 de junho de 1972, levou à morte três militantes da ALN: Ana Maria Nacinovic Corrêa (1947-1972), Iuri Xavier Pereira (1948-1972) e Marcos Antonio Nonato (1953-1972). A tenente foi condecorada pelo general Humberto de Souza Mello, comandante do 2º Exército na época (1973). Mas não foi só desse que a tenente participou. Segundo seu próprio depoimento, ela participou de outra emboscada, dessa vez no bairro da Penha, em 15 de março de 1973, episódio que ficou conhecido como "emboscada da rua Caquito" e que causou mais três mortes de militantes políticos da ALN: Arnaldo Cardoso Rocha (1949-1973), Francisco Emanoel Penteado (1952-1973) e Francisco Seiko Okama (1947-1973). A versão do aparato repressivo sobre as mortes é a de que todos esses militantes foram "mortos em tiroteio". O que ocorria de fato é que eram capturados com vida, torturados e depois assassinados.

Foi assim que a tenente esclareceu:

> Tinha muita gente que era presa e o jornal, você sabe, tinha censura, era complicado. Então falavam que o cara havia morrido em tiroteio. Levavam uma pessoa parecida, balas de festim e "matavam" um dos nossos lá. Mas o cara [o preso] ainda estava vivo. Aí ia ver se ele entregava alguma coisa, mas o cara não queria falar nada e aí viajava (era assassinado) [...]. (GODOY, 2014, p. 24).

Ela teria participado de operações militares que tiveram como resultado a morte de pelo menos dez militantes políticos e o desaparecimento de três: Hiram de Lima Pereira (1913-1975) e José Montenegro de Lima (1943-1975), do Partido Comunista Brasileiro (PCB), e Paulo Stuart Wright (1933-1973), da Ação Popular Marxista Leninista (APML).

Esta policial foi uma das sequestradoras dos meus filhos de 5 e 4 anos de idade, Janaina e Edson Teles, juntamente com minha irmã que se encontrava grávida de 8 meses, Criméia de Almeida. Eu tinha visto no DOI-Codi-SP, no final de 1972, vésperas do ano novo, esta policial que circulava na parte superior daquele prédio, juntamente com o Comandante Carlos Alberto Brilhante Ustra. Foi ela que entregou meus filhos ao Ustra, que os levou até a sala onde eu estava na "cadeira de dragão".[9] Pude reconhecê-la por foto quando foi lançado o livro *Casa da vovó*. Na foto, ela está sendo condecorada com "a medalha do Pacificador" pelo Comandante do 2º Exército, general Humberto de Souza Mello.[10]

Ao que se sabe, foi em São Paulo que teve início o trabalho repressivo com a atuação de policiais femininas. O DOI-Codi do Rio de Janeiro requisitou da polícia paulista algumas mulheres policiais para atuarem no estado. Segundo a tenente Neuza, foram para o Rio cinco paulistas, que participaram de "todo o período duro da guerra".

4 Ações de solidariedade

A sobrevivência de muitos militantes se deveu principalmente ao apoio e à solidariedade por parte de pessoas, na grande maioria, anônimas, que, individualmente ou em grupo, ofereciam contribuições em dinheiro, alimentos, medicamentos, roupas, moradia e emprego.

Houve muitas mulheres solidárias às pessoas que saíam das prisões sem saber exatamente como recomeçar a vida, uma vez que, de um modo geral, tinham perdido tudo ou quase tudo.

Essas pessoas solidárias passavam a ser perseguidas também, pois o fato de serem solidárias incomodava os repressores. Era um tempo em que a solidariedade era proibida.

Aqui quero lembrar da Ilo (era assim que ela era chamada), uma alemã judia que dirigia um centro de orientação para pessoas excepcionais (na época, pessoas com deficiência mental eram chamadas de "excepcionais"). Quando saí da cadeia, fui procurar emprego, o que não era nada fácil. Todos os dias eu saía de casa e as portas do mercado de trabalho se fechavam para mim quando queriam saber por que passei um tempo sem trabalhar. Como eu não podia explicar a razão, vinha a negativa do emprego. Até que um dia alguém me falou: "Por que você não procura a Ilo?".

Cheguei até ela, que me pediu que fizesse uma prova, e fui selecionada. Comecei a trabalhar e fiquei muito feliz quando recebi meu primeiro salário. Dias depois, a Ilo me chamou no seu escritório e perguntou de cara: "Você foi presa política? Você está sendo processada pela Lei de Segurança Nacional?".

Pensei logo: "Ela descobriu quem eu sou e vai me mandar embora. Que pena estava tão bom trabalhando aqui". Respondi que fui presa política e estava sendo processada pela Lei de Segurança Nacional.

Então a Ilo me falou: "Eu queria saber porque veio aqui um cara do Dops e me disse que eu estava contratando uma funcionária que era terrorista. Como assim?, perguntei a ele. Aí ele disse que você tinha recém-saído da prisão mas continuava respondendo processo pelos crimes de subversão, etc. Pois sabe o que eu disse a ele? Aqui ela é uma funcionária com capacidade para exercer as funções que vêm exercendo. Eu preciso do trabalho dela. Ele ainda me deu a seguinte ordem: 'A senhora tem que mandá-la embora. Ela tem que ser demitida'. E eu respondi: 'Ela não será demitida. O senhor entendeu bem? Ela faz o trabalho que lhe cabe aqui e o senhor que cuide do seu'".

O alívio e a alegria me invadiram o peito e a alma. Eu a abracei chorando, e entre nós nasceu um afeto grande. Ficamos amigas para sempre. Ela, na ocasião, me contou que havia fugido da Alemanha nazista pois era perseguida por ser judia e sabia muito bem o que é ser perseguida por uma ditadura. Ilo morreu em 2008, aos 81 anos de idade. Pouca gente sabe dessa história. Pela primeira vez, conto por escrito esse episódio.

Quanta solidariedade silenciada e anônima salvou a vida e a dignidade de tanta gente perseguida.

Conclusões

[...] necessitamos muito tempo para aprender a linguagem cotidiana da liberdade [...].
(AMERY, 2006).

A sociedade e o Estado brasileiros precisam escutar e falar sobre a violência contra as mulheres praticada pelos agentes públicos durante a vigência da ditadura militar

(1964-1985). Esses fatos, muitos deles só revelados no calor dos debates criados recentemente pelas Comissões da Verdade, deveriam ser de conhecimento do público há muito tempo. Os poderes do Estado, devidamente habilitados para apurar e investigar tais denúncias, devem tomar iniciativas capazes de dignificar as mulheres e as demais vítimas. Deveriam mostrar de forma cabal e concreta que o país não suporta, nem deve suportar, a prática de torturas. O país deve repudiar também as práticas de torturas sexuais, levadas a cabo por agentes do Estado, respaldados por estratégicas e políticas de extermínio dos grupos opositores.

É necessário dar destaque e reconhecimento às mulheres que enfrentaram a ditadura, principalmente àquelas que tiveram suas vidas ceifadas na defesa de um ideal de liberdade e igualdade de direitos, condições e oportunidades para a construção de uma sociedade justa e solidária.

Os casos aqui relatados não foram isolados. Não bastava dar um fim à vida das mulheres militantes: as torturas, os estupros, as discriminações, as humilhações faziam parte das estratégias de Estado de aniquilação e extermínio dos grupos opositores à ditadura militar. Os agentes de Estado as vilipendiaram até a morte. Conspurcaram sua memória.

Há várias lacunas na nossa história. Uma delas é o vazio na vida social, política e afetiva do país devido à ignorância dos crimes de lesa-humanidade praticados em vários momentos da história e também pelos agentes da ditadura. Não há como revelar a verdade histórica sem recuperar a atuação das mulheres militantes.

Julio Fuchik,[11] frente à morte imposta pelos nazistas que o sequestraram e o levaram aos fornos crematórios, fez um grande apelo para que *não esqueçamos nem dos bons, nem dos maus*. Por isso trouxemos aqui as denúncias feitas durante e depois do funcionamento da Comissão da Verdade, nas quais aparecem policiais mulheres que atuaram ativamente no centro da repressão política causando sequestros e mortes de militantes políticos. O nome delas deve fazer parte da lista dos torturadores responsáveis por assassinatos e desaparecimentos forçados.

Ao mesmo tempo, diante de tanta dor e sofrimento, deve-se a sobrevivência de muitas pessoas à solidariedade que se manifestou naqueles tempos difíceis – e nesse sentido as mulheres se destacaram. Foram muitas que anonimamente, em silêncio, nos garantiram a vida. Que a história também faça justiça a elas, que não podem ser esquecidas.

NOTAS

1 Inês Etienne Romeu (1942-2015) foi militante da Vanguarda Popular Revolucionária (VPR), sequestrada pelo aparato repressivo da ditadura em 5 de maio de 1971. Aqui temos um trecho do relatório (p. 8) que ela entregou à OAB-RJ, em 5 de setembro de 1979, juntamente com outros documentos e informações sobre seu sequestro, as torturas sofridas e os nomes de outros militantes que foram mortos e que até hoje fazem parte da lista dos desaparecidos políticos. Ela deu também entrevista para o jornal *O Pasquim*, que foi publicada na edição nº 607, de 12 a 18 de janeiro de 1981, p. 4-5 e 26.

2 O "Esquadrão da Morte", em São Paulo, foi criado nos finais de 1960 por Sérgio Paranhos Fleury, com a finalidade de exterminar "elementos considerados perigosos ou indesejáveis". Contou com o apoio oficial da Secretaria de Segurança Pública e do próprio governador do Estado, Abreu Sodré, que o declarou publicamente em programa de TV ("Pinga Fogo" na então TV Tupi). Disponível em: <sibila.com.br/cultura/o-esquadrao-da-morte-no-rio-e-em-saopaulo/10643>. Acesso em: 9 jul. 2015.

3 DOI-Codi: Departamento de Operações e Informações – Centro de Operações de Defesa Interna. Órgão público, que contava com a participação das três forças armadas, da polícia federal, civil e militar sob o comando do Exército brasileiro com o objetivo de reprimir qualquer oposição à ditadura militar.

4 Depoimento dado por Arthur Scavone na 19ª audiência pública da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo "Rubens Paiva", no dia 12 de março de 2013, sobre os casos de Maria Augusta Thomaz e Márcio Beck Machado.

5 123 – Arquivo Nacional, SNI:BR_DFAnBSB_V8_ASP_ACE_2726_80,PP.11-13.

6 Lourival Alves Pereira Gaeta (1927-1997), que também usava o codinome Mangabeira, era delegado de polícia do Dops (SP) e integrava a equipe de torturadores do DOI-Codi (SP). Era chefe de uma das equipes. Há diversas denúncias de torturas praticadas por ele. Uma delas sou eu quem faço: Lourival Gaeta, que usava o codinome de Mangabeira, foi o torturador que se masturbou enquanto eu estava amarrada à cadeira do dragão. Ao ejacular, jogou o sêmen em cima do meu corpo. Enquanto eu era torturada, Ustra entrava na sala e gritava: "Essa terrorista tem que falar!!".

7 "Casa Azul" era o nome dado a uma base militar, localizada em Marabá (sul do Pará), que serviu para torturar e matar guerrilheiros da Guerrilha do Araguaia.

8 Citado em Actis (2006, p. 155).

9 "Cadeira do dragão" é um método de tortura que consiste numa cadeira recoberta com uma chapa metálica e braços de madeira. A pessoa é amarrada com fios elétricos desencapados pelo tronco, pelos tornozelos e pelos braços. São colocados também fios elétricos na vagina, no ânus e nos ouvidos. Um dos fios fica solto, e o torturador o coloca onde quiser, na boca, nos seios, no umbigo. Às vezes, ele joga um pouco de água para aumentar os choques. A pessoa leva choques por todo o corpo sem poder sequer se mexer, pois está toda amarrada.

10 A foto da tenente Neuza pode ser vista no caderno de imagens do livro de Godoy (2014).

11 Julio Fuchik (1903-1943) foi um dirigente comunista da antiga Tchecoslováquia. Durante os dias que antecederam sua morte, escreveu em pequenos pedaços de papel suas impressões e reflexões daquele momento. Depois de sua morte, seus escritos se transformaram no livro *Testamento sob a forca*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACTIS, Munú et al. *Ese infierno*: conversaciones de cinco mujeres sobrevivientes de la ESMA. Buenos Aires: Altamira Memorias, 2006.

ALVERGA, Alex Polari de. *Inventário de cicatrizes*. São Paulo: Comitê Brasileiro pela Anistia, 1978.
AMERY, Jean de. En los límites de la mente: observaciones de un sobreviviente de Auschwitz y sus realidades. Apud "Ese Infierno", Buenos Aires: Editora Altamira, 2006
BRASIL. Comissão Nacional da Verdade (CNV). *Relatório / Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV, 2014a. v. I, t. I.
BRASIL. Comissão Nacional da Verdade (CNV). *Relatório / Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV, 2014b. v. III, t. 3.
CARNEIRO, Julia Dias. "Quantos morreram? Tantos quanto foram necessários", diz coronel sobre ditadura. *BBC Brasil*, Rio de Janeiro, 26 mar. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140326_depoimento_coronel_ditadura_jc>. Acesso em: 11 jul. 2015.
COMISSÃO DE FAMILIARES DE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS. *Dossiê Ditadura*: mortos e desaparecidos políticos no Brasil. 1964-1985. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009.
CRESCE o número de mulheres eleitas no Congresso, mas fatia ainda é só de 10%. *UOL*, São Paulo, 6 out. 2014. Disponível em: <http://eleicoes.uol.com.br/2014/noticias/2014/10/06/cresce-numero-de-mulheres-eleitas-no-congresso-mas-fatia-ainda-e-de-so-10.htm>. Acesso em: 11 jul. 2015.
FACCHINI, Regina. Falsa ameaça. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 19 jul. 2015. Caderno Aliás.
FARIA, Tales. Militantes de esquerda foram incinerados em usina de açúcar. *Último Segundo*, Brasília, 2 maio 2012. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2012-05-02/militantes-de-esquerda-foram-incinerados-em-usina-de-acucar.html>. Acesso em: 18 jul. 2015.
GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria; TRINDADE, Zeidi Araújo; SANTOS, Maria de Fátima de Souza. *Mulheres e militância*: encontros e confrontos durante a ditadura militar. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012.
GODOY, Marcelo. *A Casa da Vovó*: uma biografia do DOI-Codi (1969-1991), o centro de sequestro, tortura e morte da ditadura militar. São Paulo: Alameda, 2014.
GUERRA, Cláudio. *Memórias de uma guerra suja*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.
NOSSA, Leonêncio. *Mata*: o major Curió e as guerrilhas no Araguaia. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
SÃO PAULO (Estado). Comissão da Verdade do Estado de São Paulo "Rubens Paiva" (CEV-SP). *Introdução*. Disponível em: <http://verdadeaberta.org/relatorio/>. Acesso em: 15 nov. 2015.
TELES, Maria Amélia de Almeida. A verdade: o legado maior deixado por Inês Ettiene. *Ponte*, São Paulo, 28 abr. 2015. Disponível em: <http://ponte.org/a-verdade-o-legado-maior-deixado-por-ines-etienne/>. Acesso em: 11 jul. 2015.
_____. *Breve história do feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

Maria Amélia de Almeida Teles

São Paulo – SP – Brasil
amelinhateles@globo.com

Diretora da União de Mulheres de São Paulo.
Integrante da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo "Rubens Paiva".

RECEBIDO EM 21.07.2015 | APROVADO EM 04.11.2015

ENTRE A SOBERANIA DA LEI E O CHÃO DA PRISÃO: A MATERNIDADE ENCARCERADA

Ana Gabriela Mendes Braga

BETWEEN THE SOVEREIGNTY OF THE LAW AND THE FLOOR OF THE PRISON: INCARCERATED MATERNITY

RESUMO

A criminosa e a mãe ocupam lugares opostos no repertório de papéis designados às mulheres na nossa sociedade. A partir de cinco micronarrativas de mulheres encarceradas no Brasil, pretende-se problematizar o exercício da maternidade na prisão e o lugar da "mãe criminosa" no sistema de justiça. As estórias aqui narradas são frutos da pesquisa "Dar à luz na sombra", que teve como objetivo identificar necessidades e entraves para o exercício dos direitos maternos de mulheres em situação de prisão. Para tanto, foi utilizada a pesquisa empírica de abordagem qualitativa, com combinação das técnicas de entrevistas, grupo focal, visita *in loco*, somadas à pesquisa legislativa e bibliográfica. Ao final, serão discutidas as estratégias, problemáticas e consequências que envolvem a defesa de direito das mulheres e a luta do movimento feminista em relação ao sistema de justiça criminal. Por fim, serão elencadas algumas pautas importantes de pesquisa para a continuidade do presente debate.

PALAVRAS-CHAVE

Gênero; prisão; maternidade; mãe criminosa; narrativas.

ABSTRACT

The criminal and the mother occupy opposite places in the repertory of papers assigned to women in our society. From five micronarratives of women incarcerated in Brazil, this paper aims to discuss the exercise of maternity in the prison and the place of "criminal mothers" in the justice system. These stories have been collected during the research "Giving birth on prison", which aimed to identify needs and obstacles to ensure the rights of incarcerated women. This research used an empirical method based on a qualitative approach that combines the realization of interviews and focus group with some visits "in locus", complemented by legislative and bibliographical research. This paper proposes a reflection beyond the original analysis. It discusses the strategies, the problems and the consequences involved in the defense of women's rights in relation to the criminal justice system under a feminist perspective. Besides that, this paper will propose some important research lines that could help the evolution of this debate.

KEYWORDS

Gender; prison; maternity; criminal mother; narratives.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201523

Introdução

Esta é a estória.
(Guimarães Rosa)

A frase acima, que abre o conto "As margens da alegria", de Guimarães Rosa (2001, p. 49), traduz a proposta deste artigo: provocar algumas reflexões acerca da maternidade e do cárcere no Brasil a partir de quatro micronarrativas de mulheres encarceradas. São pequenas estórias, relatos, lampejos, *insights*, choros; singulares, doloridos, sintéticos, socos no estômago, às margens da alegria, narrados com o objetivo de dar visibilidade a essas mulheres, presença aos corpos calados, e despertar diferentes sensibilidades em relação à temática do encarceramento. Suas estórias têm pouco espaço nas salas de audiência, levantamentos estatísticos, elaboração de políticas públicas, e até mesmo na produção científica. No entanto, são essas vidas que dizem do encarceramento feminino e, mais, falam do que é ser mulher, mãe e – em grande maioria – pobre e negra no sistema prisional brasileiro do presente.

Pesquisar o sistema de justiça criminal, pensar a polícia, a justiça e a prisão, é ser colocada cara a cara com questões de gênero, raça e pobreza. Uma visita às unidades prisionais ou uma olhada nas estatísticas da população prisional logo nos mostram quem está presa no Brasil: a população pobre e negra, com um crescente aumento da representatividade das mulheres nesse universo. De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)[1], nossas presas são em sua maioria jovens, pretas ou pardas, de baixa renda, baixa escolaridade, acusadas ou condenadas por crimes relacionados às drogas, e mães.

O crescimento do encarceramento feminino é um fenômeno que tem se acentuado nesse começo de século. Apesar de as mulheres ainda serem minoria no sistema prisional, entre 2000 e 2012, a população carcerária masculina brasileira aumentou 130%, enquanto a feminina cresceu 246%. Nos anos 2000, a população de mulheres era de 10.112, já em 2012 esse número passou para mais de 35 mil, representando 6,4% da população prisional do país em um universo de 548.003 pessoas presas.[2] Apenas a título de comparação, a população brasileira cresceu cerca de 12% no mesmo período, no ano 2000 eram 169.590.693 brasileiros, e dez anos depois 190.755.799.[3] De acordo com os últimos dados coletados pelo DEPEN,[4] em junho de 2014 a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas, das quais 37.380 eram mulheres, sendo 63% delas presas por crimes relacionado ao comércio ilegal de drogas.

Com o aumento do encarceramento feminino e a intensificação das lutas por igualdade entre gêneros, a temática de gênero e prisão tem ganhado fôlego nos últimos anos, trazendo maior visibilidade para a população prisional feminina – e, mais recentemente, também para a comunidade LGBT nos cárceres. Novas pautas ocupam

a agenda pública, quebrando o silenciamento em torno de "temas tabus", exigindo reconhecimento de identidades, assim como de direitos sexuais e reprodutivos. Temas como maternidade e prisão, visita íntima homoafetiva e alas especiais para as mulheres trans nos estabelecimentos masculinos são pautas importantes do atual debate político-penitenciário. Contudo, como se problematizará neste artigo, essa mesma visibilidade pode trazer outras amarras, e, assim, criar paradoxos na luta pela defesa dos direitos das mulheres e da população LGBT.

Os discursos e as práticas de reconhecimento de direitos e especificidades de gêneros trazem consigo o efeito perverso de, ao definir subjetividades e legitimidades, selecionar e conformar as pessoas em sujeitos de direitos, sujeitando-as aos padrões de normalidade e moralidade do fazer jurídico. Para Carol Smart (1989, p. 162), "in order to claim rights the individual must fit into the specified categories",[5] ou, nas palavras de Judith Butler (2003, p. 233), ao problematizar o reconhecimento do casamento gay, "quem pode desejar o Estado, quem pode desejar o desejo do Estado".

O Estado, ao desejar, constitui subjetividades – desejáveis e desejantes. *Que mulher pode ser mãe? Alguma pode não ser? Quem pode optar por interromper a gravidez? Como ser mãe? Defina família desestruturada. Toda mulher merece proteção em sua dignidade sexual? Onde colocar as/os trans? Alguém perguntou para elas? Quem são elas?* Essas são questões que o sistema de justiça responde a partir da racionalidade que lhe é própria, fundante das categorias jurídicas, que atendem a uma lógica binária e heteronormativa, de modo a constituir gêneros e fixar desejos a partir de uma ordenação normalizante, biologicista e heterossexual.

O sistema de justiça é atravessado por marcadores de gênero, e o exercício dos direitos individuais ocorre nesse mesmo cenário. Ainda quando a demanda de reconhecimento de direito das mulheres é atendida, o acesso à justiça segue seletivo e perverso. Primeiro porque só algumas pessoas, sob certas condições, terão efetivo acesso à justiça, e ainda assim um acesso precário e limitado; e depois porque o reconhecimento por um sistema sexista e androcêntrico (que constrói hierarquias a partir dos sexos, privilegiando os homens e a perspectiva masculina) pode perverter a autonomia e o exercício de liberdade individual – princípios que norteiam a luta feminista no campo social:

> we cannot predict the outcome of any individual law reform. Indeed the main dilemma for any feminist engagement with law is the certain knowledge that, once enacted, legislation is in the hands of individuals and agencies far removed from the values and politics of the women s movement.[6] (SMART, 1989, p. 164).

Os avanços legais em termos de reconhecimento de outras sujeitas de direito esbarram em personagens e instituições do sistema de justiça com padrões de gênero

arraigados, os quais servirão de base para a leitura do mundo social e a interpretação do direito. De acordo com a lição de Carol Smart (1989, p. 164) "[...] law may have quite different effects depending on who is the subject of the law".[7]

No sentido dessa reflexão é que se propõe desconfiar do direito, da normalidade, da governança, e questionar-se que subjetividades essas práticas estão produzindo, buscando seguir a proposta de Debora Diniz em relação à construção da perspectiva feminista em pesquisa:

> Uma pesquisa feminista parte do acaso da matéria, reconhece a sexagem como um gesto inaugural do regime político do gênero, investiga a moral patriarcal na vida e sobrevida das mulheres, desconfia das instituições que movem a governança das mulheres no asilo, na esquina, no convento ou na prisão. (DINIZ, 2014, p. 19).

As estórias aqui narradas foram ouvidas na prisão durante pesquisa denominada *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*, realizada[8] no âmbito do Projeto Pensando o Direito – uma parceria entre a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

A pesquisa teve como objetivo identificar necessidades e entraves para o exercício dos direitos maternos de mulheres em situação de prisão e elaborar propostas de políticas públicas, com ênfase em alterações legislativas que promovam o exercício da maternidade dessas mulheres. Para tanto, foi utilizada a pesquisa empírica de abordagem qualitativa, combinando técnicas de entrevistas, grupo focal, visita *in loco*, somadas à pesquisa legislativa e bibliográfica. De agosto de 2013 a abril de 2014 realizamos cinquenta entrevistas com personagens do sistema de justiça, conversas informais com mais de oitenta presas e visitas a estabelecimentos prisionais, creches e unidades materno-infantis em seis estados brasileiros (Minas Gerais, Paraná, Ceará, Bahia, São Paulo, Rio de Janeiro) e na Argentina. As entrevistas foram gravadas, e a partir das visitas e das conversas informais produziram-se relatórios dos estados visitados. A partir das diversas vozes do campo, realizou-se a análise em torno das condições atuais do encarceramento feminino no Brasil e das possibilidades futuras no tocante ao exercício da maternidade pelas mulheres presas. Ao final, foi desenhado um retrato das atuais condições dessas mulheres e a percepção de diversas personagens envolvidas na temática e elaboradas trinta propostas, entre alterações legislativas, políticas públicas e políticas criminais, com foco principal no desencarceramento.

A proposta deste artigo vai além da pesquisa que o originou, primeiro no que diz respeito à originalidade do recorte: uma seleção de estórias que sintetizam questões centrais do campo de pesquisa, que não o esgotam, mas são significativas da realidade observada. E depois porque o presente texto pretende aprofundar as reflexões acerca

dos papéis sociais de mãe e criminosa, tema que foi tratado apenas subsidiariamente no relatório da referida pesquisa (BRASIL, 2015).

Cabe ressaltar que, apesar da temática ser atravessada pela interseccionalidade, a abordagem proposta aqui não abrange os recortes de raça ou socioeconômico, tampouco pretende aprofundar a relação entre os três marcadores sociais em debate (raça, gênero e pobreza) – ainda que essas chaves pudessem dizer muita coisa acerca das maternidades encarceradas. Segundo Smart, somente com a segunda onda do feminismo surgiram novas vozes, trazendo questões raciais e de diferenças étnicas, as quais não poderiam ser meramente acrescentadas aos já existentes quadros conceituais – seria necessário repensar o mundo social (SMART, 1989, p. 2). Certamente pesquisas específicas nesse recorte merecem ser produzidas, e, em respeito aos outros mundos sociais, o tema não será desenvolvido nesta reflexão, a qual se concentrará na chave gênero-maternidade-prisão.

De início, serão abordadas as categorias de mãe e criminosa como capturas do gênero feminino e como a sobreposição dessas duas categorias conforma a maternidade encarcerada. Em seguida, serão analisadas algumas conquistas legais e as consequências desse reconhecimento para a produção de subjetividades pelo sistema de justiça. Após essas reflexões, serão apresentadas cinco estórias ouvidas no campo de pesquisa, a partir das quais se pretende problematizar o exercício da maternidade na prisão e o lugar da "mãe criminosa" no sistema de justiça. Ao final, serão discutidas as estratégias, problemáticas e consequências que envolvem a defesa de direito das mulheres, bem como a luta do movimento feminista[9] em relação ao sistema de justiça criminal, e, ainda, elencadas algumas pautas importantes de pesquisa para a continuidade do presente debate.

1 MÃE E CRIMINOSA: DUAS CAPTURAS DO GÊNERO FEMININO

Um dos pontos-chave da análise criminológica apontados pela pesquisa,[10] e que ganha destaque neste artigo, são as formas e consequências das representações de gênero nas práticas e discursos do sistema de justiça. A mulher presa transita entre os papéis de mãe e criminosa, papéis estes que ocupam posições diametralmente opostas na representação do feminino: o primeiro pautado pela maternidade como vocação natural, exclusiva e sacralizada da mulher; e o segundo marcado pelo crime como um desvio das expectativas sociais e morais que recaem sobre quem nasce sob o sexo feminino.

Para Carol Smart (1976, p. 143), o tradicional papel e *status* da mulher é reconfirmado pelas instituições penais: "This rationale is based on the assumption that the woman who acepts her tradicional role, who is passive, gentle and caring, is also noncriminal".[11] O papel tradicionalmente designado à mulher é a maternidade, cujas exigências e performances são representadas como irreconciliáveis com a vida no crime –

ainda que perversamente se aceite conciliá-lo com a vida na prisão. O entrelaçamento dos universos da prisão e da maternidade produz um exercício da maternidade no registro do sacrifício e da disciplina, atendendo ao projeto mais amplo de domesticar o desvio e o desejo feminino, criminal e sexual. A casa e a cria são trazidas para dentro do cárcere, vigiadas, ensinadas, disciplinadas a partir de parâmetros restritos de normalidade de gênero e família.

Para a análise do emaranhado de ações e afirmações que produzem a mãe criminosa no espaço prisional, se recorrerá ao conceito de *dispositivo*, presente na história da sexualidade de Michel Foucault. O autor demarca o conceito a partir de três lugares:

> [...] em primeiro lugar, um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode tecer entre estes elementos.
>
> Em segundo lugar, gostaria de demarcar a natureza da relação que pode existir entre estes elementos heterogêneos. [...] entre estes elementos, discursivos ou não, existe um tipo de jogo, ou seja, mudanças de posição, modificações de funções, que também podem ser muito diferentes.
>
> Em terceiro lugar, entendo dispositivo como um tipo de formação que, em um determinado momento histórico, teve como função principal responder a uma urgência. O dispositivo tem, portanto, uma função estratégica dominante. (FOUCAULT, 2000, p. 244 et seq.).

A partir do conceito desenvolvido por Foucault, propõe-se pensar o campo da *maternidade encarcerada* em termos de um *dispositivo* – como um emaranhado de práticas e discursos que disputam as definições da mãe criminosa e visam responder às chamadas demandas de gênero em relação ao sistema de justiça criminal. Logo, na presente análise, propõe-se delinear o *dispositivo da maternidade encarcerada* como: i) formado pelas diversas formas (sentenças, organizações espaciais, regras, arranjos, saberes) que constituem a mulher mãe no sistema de justiça criminal; ii) cujas definições estão em constante disputa pelas personagens e instituições envolvidas; iii) e que atende a demanda de reconhecimento das mulheres, ao mesmo tempo que naturaliza e fixa posições de gênero.

A ação desse dispositivo permite que uma mesma medida ao garantir direitos produza violações; ou ainda que, sob o discurso de reconhecimento das diferenças,

imponham-se desigualdades, limitando-se ainda mais as formas da mulher estar no mundo. Na visão de Gilles Deleuze, o dispositivo:

> é uma espécie de novelo ou meada, um conjunto multilinear. É composto por linhas de natureza diferente e essas linhas do dispositivo não abarcam nem delimitam sistemas homogêneos por sua própria conta (o objeto, o sujeito, a linguagem), mas seguem direções diferentes, formam processos sempre em desequilíbrio, e essas linhas tanto se aproximam como se afastam uma das outras. Cada linha está quebrada e submetida a variações de direção (bifurcada, enforquilhada), submetida a derivações. Os objetos visíveis, as enunciações formuláveis, as forças em exercício, os sujeitos numa determinada posição, são como que vetores ou tensores. (DELEUZE, 1990, p. 155).

A representação criminosa, que se sobrepõe às outras, funciona como um vetor que aponta à mulher um certo destino. A subjetividade da presa é reduzida ao seu crime e o interrogatório é seu único momento de fala "na Justiça", uma fala pautada, engasgada, limitada ao que lhe foi perguntado, se lhe for perguntado. No campo da pesquisa, foi comum a percepção de ausência de lugares de escuta da mulher acerca de seus desejos e suas possibilidades. A categoria "criminosa" basta para deslegitimar a presa como boa mãe, logo, o sistema de justiça, ao blindar muitas das possibilidades de exercício da maternidade por mulheres processadas ou condenadas, não leva em conta o contexto específico daquela mulher, tampouco a existência de formas de família e organizações de gêneros distintas da tradicional família nuclear, biparental e heterossexual.

A anormalidade da mulher criminosa remete aos ecos do positivismo criminológico, ainda hoje presente nas representações das criminosas. Lombroso e Ferrero (2004, p. 183) enunciam a dupla excepcionalidade da mulher delinquente: enquanto criminosa ela é excepcional em relação à sociedade não criminosa (*civilized people*), e enquanto mulher é excepcional frente ao número total de criminosos, "e como uma dupla exceção a mulher criminosa é um verdadeiro monstro".

Nesse enunciado, as provas da degeneração feminina (que levariam a mulher ao desvio: seja pelo crime, seja pela prostituição) aparecem diretamente relacionadas à construção do gênero feminino; seriam elas: falta de afeição maternal, presença de qualidades masculinas, sexualidade exagerada, preocupação com os próprios desejos. Ao dirigir sua energia para a satisfação sexual, a "degenerada" se desvia do padrão de normalidade, que impunha a maternidade como pauta exclusiva da sexualidade feminina (LOMBROSO; FERRERO, 2004, p. 185).

Contudo, essas representações não estão dadas, solidificadas, ao contrário, elas estão em constante disputa no campo do direito. Essas categorias são agenciadas pelas

atrizes e atores do sistema de justiça, inclusive pelas presas em suas práticas e discursos. O excesso legal do discurso jurídico, desejante de normalizar as mulheres, produz representações em torno do que é ser mãe geralmente associadas ao sacrifício e à abdicação. No campo ouvimos diversos discursos que colocavam em xeque a maternidade da mulher presa, como na fala da diretora do Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade em Minas Gerais, para a qual as mulheres costumam "usar o filho para ter um lugar melhor na prisão", ou ainda de acordo com a diretora da Unidade Materno Infantil do Rio de Janeiro, que as acusa "de preferirem o cigarro, a droga, aos filhos". Apesar de geralmente possuírem estruturas melhores em relação ao restante da prisão e de certamente a gravidez ser uma real possibilidade de ter acesso a mais direitos no espaço prisional, na maioria das alas materno-infantis é proibido o uso de cigarro em qualquer espaço (e muito mais difícil o acesso às drogas ilegais). O desejo e a abstinência (com ofertas de tratamento reduzidíssimas) dessas mulheres colocam em xeque sua capacidade e amor pela maternagem, a qual opera geralmente na chave do sacrifício, nunca do gozo.

O sistema de justiça criminal atua sobre as mulheres querendo a reforma não só de sua alma, mas que elas exerçam com normalidade a representação de papéis de gênero, produzindo, organizando, fixando os valores atribuídos ao feminino e as consequentes desigualdades advindas desse marco. Nesse cenário, a maternidade é peça-chave nos discursos de salvação feminina, como o caminho que leva a "mulher desviante" de volta ao seu rumo, a reaproxima de seu destino, de sua missão originária, da "verdadeira natureza feminina", de seu *devir mãe*. Por isso, esse caminho é vigiado, regrado, disciplinado, e a maternidade pode funcionar como incremento punitivo para a mulher encarcerada. O poder normativo atua sobre a mulher, bebês e crianças, para além do jurídico, justamente no que excede o regime da lei – ou seja, nas capilaridades, pequenas práticas cotidianas, que conformam o *poder penitenciário*, que, antes de ser um projeto ou uma ciência, é "uma técnica que se aprende, se transmite, e que obedece a normas gerais" (FOUCAULT, 2002, p. 245) –, no sentido de normalizar, a partir do controle e da vigilância, qualquer indivíduo que mantenha um comportamento alijado dos padrões de normalidade e moralidade estabelecidos.

2 Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada

Em 1957 a Assembleia Geral da ONU aprovou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso, com princípios e orientações de organização institucional e prática penitenciária. As mulheres e jovens privadas de liberdade tiveram que esperar mais de cinquenta anos para terem seus direitos e especificidades reconhecidos pela legislação internacional, com a aprovação em 2010, pela mesma Assembleia, das Regras para o Tratamento das

Mulheres Presas (Regras de Bangkok). A regra n. 1 de Bangkok determina atenção às necessidades específicas das mulheres a fim de alcançar a substancial igualdade de gênero, de materializar o princípio da não discriminação, este previsto na regra n. 6 das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso.

Do ponto de vista simbólico, a aprovação das regras foi um importante passo na garantia de direitos. Contudo, ainda que o Estado brasileiro – membro da ONU – deva respeito às regras, não há sanção por não cumpri-las. A violação de todos os tipos de direitos segue sendo a regra nas nossas prisões, e seus números e histórias ficam trancados atrás das grades. Segundo Heidi Cerneka:

> [...] há uma escassez total de informação sobre as regras de Bangkok e poucos estudos sobre as mulheres encarceradas. Mesmo que isso tenha melhorado nos últimos anos, ainda faltam dados concretos e sérios sobre este assunto, para garantir que políticas públicas nacionais e internacionais correspondam à realidade e às necessidades da mulher. As Regras 67-70 apontam a falta de informação desse assunto e a necessidade de fomentar investigações, estudos e divulgação sobre a realidade e das causas das mulheres em conflito com a lei. (CERNEKA, 2012, p. 18).

Da mesma forma, do ponto de vista da legislação nacional, pode-se dizer que houve um considerável avanço na última década. A Lei n. 11.942/09 deu nova redação aos artigos 14, § 3º, 83 e 89 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) para assegurar às mães presas, aos recém-nascidos e às crianças condições mínimas de assistência. A Lei n. 12.203/12, que reformou a matéria de medidas cautelares, inseriu no artigo 318 do Código de Processo Penal a previsão de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nos casos de gestante a partir do sétimo mês de gravidez, ou sendo esta de alto risco, e de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência. Mais recentemente, a promulgação da chamada Lei de Convivência Familiar (Lei n. 12.962/14) alterou o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) para facilitar a convivência da criança e do adolescente com seu pai ou mãe presa.

Longe da soberania da lei, o chão da prisão é feito de violações de direitos, que caracterizam o passado e o presente do sistema prisional brasileiro e se acentuam em relação às mulheres encarceradas. Há um déficit histórico em relação ao planejamento e à execução de políticas públicas voltadas ao coletivo feminino nas prisões, uma vez que a maioria das políticas penitenciárias (cuidados com a saúde, regime de visita, manutenção de vínculos, arquitetura prisional) foi pensada para a população masculina, tradicionalmente majoritária nos estabelecimentos prisionais. Por conta disso, ainda hoje, milhares de mulheres vivem gestações, partos e maternidades precárias, e suas crianças formam parcela invisível da população prisional – contrariando

a Regra de Tóquio n. 3, que determina que sejam registrados número e informações pessoais das crianças que ingressam nas prisões com a mãe.

Contudo, cabe problematizar em que medida esses avanços refletiram em ganhos concretos para as mulheres processadas e condenadas no Brasil. Primeiro porque quando há uma política específica para a gestante ou puérpera ela só atinge parte das mulheres, principalmente as que estão nas unidades perto das capitais. Segundo porque mesmo quando eficiente, a garantia de direitos por parte do Estado gera uma punição extra, sutil: mais uma esfera da vida disciplinada, mais uma vida normalizada, micropoderes que conformam as estórias que se seguirão. E, por último, a defesa de mais direitos pode gerar o efeito colateral de reforçar a escolha pelo encarceramento.

A construção de um aparato de berçário e creche nas prisões tem motivado recusas de prisão domiciliares sob o argumento de que a mãe e o bebê estariam melhor ali do que na rua. De acordo com Gina Pontes Moura, defensora pública do estado do Ceará entrevistada na pesquisa, o juiz lida com a prisão como uma política social: "Se for minimamente organizada a unidade, o juiz acha melhor a prisão que a rua, por considerar haver menos suporte do lado de fora". Para a defensora, "a existência de creche tem justificado a manutenção da prisão provisória, infelizmente. A política está errada – não é investir em creche para manter a provisória, mas investir na liberdade em detrimento da prisão provisória". Ou seja, à medida que se melhoram as prisões, paradoxalmente prendem-se mais mulheres e crianças, sob o discurso benevolente e paternalista de que a vida atrás das grades é o melhor destino para ambas. Nesse sentido, "[...] não seria exagerado afirmar que há entre nós um discurso domesticado para ver um sujeito-vítima, espectador da sua condição, deixando para segundo plano o sujeito-agente" (RIFIOTIS, 2007, p. 234).

O reconhecimento de direitos pelo sistema de justiça não significa a conquista da mulher enquanto atriz política nesse cenário: *sujeita-agente*. Pelo contrário, ao ser provocado, o sistema responde fixando a mulher como *sujeita-vítima*, menosprezando sua agência, seu poder, sua autonomia, pervertendo sutilmente os ideais de emancipação e empoderamento que motivaram a luta feminista por reconhecimento de direitos.

Ciente das consequências e limites da defesa de políticas não dissociadas do encarceramento e do sistema de justiça criminal, é importante pautar o marco político e a conclusão-chave da pesquisa: *o melhor exercício de maternidade é sempre em liberdade*. Por isso, para se falar em exercício de direito dessas mulheres, há de se falar em uma mudança nos rumos da política criminal, principalmente, por meio da reforma da Lei de Drogas (mais da metade das mulheres brasileiras estão presas por crime relacionado às drogas) e da aplicação das garantias da legislação já existente, visando o não encarceramento dessas mulheres e crianças.

O encarceramento feminino impacta de forma brutal a família da presa, na medida em que ela não só afeta a mulher, mas todo o seu entorno. Na nossa sociedade, a responsabilidade pela administração doméstica e o cuidado com filhos e filhas são

atribuídos, em regra, à mulher. A naturalização do cuidado como uma tarefa tipicamente feminina reforça o estereótipo de gênero e pauta a organização familiar de muitas brasileiras, dentro e fora das prisões. E, uma vez que são elas, em geral, as responsáveis pelos cuidados com a casa, com as filhas e filhos, a prisão dessas mulheres impacta de forma imediata, e muitas vezes definitiva, a vida familiar. Essa reflexão provoca outro desafio para a luta pela igualdade de gênero: deslocar a problemática do cuidado do âmbito feminino. A discussão proposta em termos de maternidade e prisão fica concentrada nas mulheres presas e no espaço prisional feminino, somando-se às vozes que naturalizam o lugar da mulher no cuidado familiar e doméstico e silenciando novas possibilidades em torno das relações de paternidade, cuidado e prisão.

Como narrado acima, recentes conquistas legais garantiram, no plano formal, direitos às mulheres encarceradas. Nesse ponto, uma das amarras do encontro entre gênero e direito, ao mesmo tempo que reconhece a mulher em suas peculiaridades, o faz desde um cenário do patriarcado, reafirmando o seu lugar social. Esse é o limite das conquistas, que, ao não subverterem a ordem de gênero, reafirmam papéis sociais apropriados. Um horizonte subversivo, do ponto de vista da desnaturalização dos papeis de gênero, será pensar em creche nas unidades masculinas ou prisão domiciliar para o pai preso.

Outra importante conclusão da pesquisa, fundamental para as leituras das estórias que se seguem, é que *não há uma solução única*. A prepotência do direito de encaixar pessoas em categorias e relações em formas rígidas se mostra falha perante a diversidade e complexidade individual e social. A escolha do que fazer em relação à maternidade e ao cárcere deve ser tomada dentro do contexto específico, principalmente, a partir da escuta das mulheres.[12]

3 Estórias

A seguir, seguem cinco estórias coletadas durante os sete meses de campo da pesquisa *Dar à luz na sombra*. A partir dessas micronarrativas pretende-se analisar os discursos e as práticas jurídico-penais para trazer à tona valores e subjetividades com marca de gênero que os permeiam.

3.1 Presas no papel de mãe: disciplinamento da maternidade

Estória 1: Seguro infantil e a carta pro abrigo (São Paulo-SP)

O dispositivo carcerário presente no dia a dia das pessoas presas se estende ao exercício da maternidade na prisão: a íntima relação de mãe e suas filhas e filhos é disciplinada e conformada dentro da lógica e dos valores do cotidiano prisional; de tal forma que a maternidade pode ser considerada um incremento punitivo para a mulher nessa situação.

O encontro entre maternidade e prisão produz a *hipermaternidade*, isto é, o exercício da maternidade superdimensionado, na medida em que, geralmente, é a única atividade das mães presas e, ainda, concentrada em um espaço físico controlado e reduzido. Além das consequências nefastas da hipermaternidade, passados em média seis meses[13] de convívio 24 horas com o bebê, ela dá lugar à *hipomaternidade*, ou seja, quando a mãe passa a ter contato reduzido ou nulo com suas filhas e filhos. De forma geral, a transição é feita de forma brusca e descuidada, causando forte impacto nas pessoas envolvidas, instituindo o paradoxo da hiper e da hipomaternidade – tema que foi especificamente desenvolvido em outro trabalho (BRAGA; ANGOTTI, 2015).

Um relato colhido na Penitenciária do Butantã em São Paulo, de regime semiaberto, é exemplificativo desses conceitos e da vivência do paradoxo. No dia da visita à unidade, Lucinéia esperava a chegada do oficial de justiça encarregado de levar sua filha. A espera, além de dolorida, era incerta – não que houvesse outras alternativas para Lucinéia, a separação era certa, ainda que sem hora marcada, pois o oficial poderia aparecer a qualquer momento. Havia se passado seis meses (prazo mínimo legal) que mãe e filha estavam presas, e desde então Lucinéia aguardava angustiada o momento em que levariam sua filha: "Todo dia eu acordo com medo de ser o dia de levarem minha filha. Quando chega as 17 horas fico aliviada, terei mais uma noite com ela".

As coisas da bebê já estavam arrumadas e junto da mala, cuidadosamente organizada, havia uma carta de Lucinéia destinada às cuidadoras do abrigo, na qual ela narrava os hábitos e a personalidade da bebê, com a esperança de que a filha recebesse um tratamento individualizado e que seu choro fosse compreendido pela "saudade que ela pode sentir da mãe".

O nome pelo qual o espaço materno-infantil é conhecido entre as presas também é indicativo do regime de poder instituído naquele espaço. O nome oficial *Casa Mãe* é subvertido pelas presas, que denominam o espaço de "seguro infantil". Seguro é o lugar das prisões destinado às pessoas que não podem estar no convívio por correrem risco de morte. Trata-se do lugar com mais violação de direitos nas unidades prisionais: geralmente superlotado, com restrições a acesso ao banho de sol, atividades na prisão e contato com as outras pessoas.

As puérperas na Penitenciária do Butantã, ainda que em regime semiaberto, ficam confinadas no espaço com seus bebês em regime de "24 por 48 [horas]", como relatou Lucinéia, com uma hora de banho de sol por dia. Nesse sentido, Marina, outra presa entrevistada pela equipe, ressaltou: "quando a gente tá na rua tem coisa pra fazer, roupa pra lavar, comida pra fazer. Aqui não tem nada, é 24 horas cuidando do bebê ou vendo coisa inútil na televisão", e completou, ainda, "nesse ambiente a gente é isolada – tô privando meu bebê de muita coisa – ainda bem que tem essa árvore bonita aqui na janela". Depois de um tempo de conversa retomou o

isolamento e reforçou sua angústia: "a gente fica aqui sem contato com ninguém – parece bicho!".

Ademais, o prédio da *Casa Mãe*, localizado mais próximo à entrada da penitenciária, fica ao lado da ala das isoladas, e são as mães que distribuem a alimentação para elas: "a única coisa que a gente faz é pagar alimentação para o castigo". Mas a associação do espaço materno com a ala do castigo tem ainda outros sentidos: em ambas as mulheres estão duplamente presas. Nesse caso, a condição materna é um incremento da punição para a mulher presa, que, mesmo em semiliberdade, fica confinada aos pequenos espaços materno-infantis. Essa queixa foi comum a todas as puérperas que ficavam com suas filhas em espaços pequenos e com poucas opções de atividade, como em Minas Gerais, Ceará e Bahia, vivenciando a hipermaternidade que logo daria lugar à hipomaternidade.

3.2 Institucionalização das pequenas vidas

Estória 2: A menina que não conhecia as estrelas (Salvador-BA)

Até o final da década de 1990 as crianças filhas de mães presas na Penitenciária Feminina de Salvador, uma das unidades do Complexo da Mata Escura, ficavam nas celas com suas mães, vivendo a disciplina e rotina prisional. Irmã Adele e irmã Fátima, que realizavam visitas à penitenciária, incomodadas com a situação, resolveram fundar, em 1999, o Centro Nova Semente (CNS). Segue um trecho da entrevista[14] na qual irmã Fátima narra o contexto de surgimento do CNS:

> a gente estava trabalhando na Feminina e tinha uma menina que era afilhada dela que se chamava Luiza. Luiza ficou cinco anos presa com a mãe, o pai preso, ela nasceu no presídio [...] aquilo foi incomodando a gente, tinha um menino, Rafael, que ficou quatro anos e mais duas meninas, Laura e Júlia, que ficaram três anos. Nasceram lá e ficaram. Então quando nasceram essas que ficaram três anos e Luiza já com cinco, a gente começou a conversar e deu uma luz assim, vamos tirar essas meninas daqui? E aí teve a ideia de comprar ali onde tem a creche – hoje funciona a escola –, comprou a casinha e começamos a trazer as crianças pra cá, e aí foi tomando conta, compramos outro espaço, foi crescendo...

O abrigo, mantido pela Fundação Dom Avelar Brandão Vilela (FDABV), pertencente à Arquidiocese de Salvador, é vizinho ao Complexo da Mata Escura. Sob a coordenação das duas, e sob os cuidados das duas religiosas, funcionárias e voluntárias, vivem trinta filhas e filhos de mães e/ou pais encarcerados. No CNS, as crianças são cuidadas e educadas, podendo visitar as mães e os pais semanalmente, o que contribui para a manutenção do vínculo entre eles. O fato de o CNS localizar-se ao

lado do complexo facilita a dinâmica da visita. Irmã Adele afirma que, nas visitas às mães, as crianças não passam por revista, mas contam que as primeiras crianças do estabelecimento, instintivamente, iniciavam a revista elas mesmas, por já estarem acostumadas a isso. Segundo irmã Fátima, se não fosse a presença de uma delas para impedir as crianças, imediatamente já "tiravam a roupinha e faziam o procedimento da revista".

Na mesma entrevista, irmã Adele narra a estória de Luiza, personagem apresentada acima, nascida na prisão, de mãe e pai presos. Por volta dos 4 anos, ao deixar a prisão uma noite, de carro, na companhia das religiosas, ela se espanta ao olhar para o céu. Apesar da idade, Luiza era uma menina que não conhecia as estrelas, recolhida na cela todo dia às 17 horas – horário da "tranca" na prisão –, não conhecia o céu à noite, assim como não conhecia cachorro, árvore, carro, homem, rua, e tantas coisas do mundo.

Em 2009, a Lei de Execuções Penais foi alterada pela Lei n. 11.942, garantindo que as penitenciárias destinadas às mulheres serão dotadas de seção para gestante e parturiente, e de creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos. Mas como uma criança de 7 anos pode viver na prisão, e ainda mais em uma prisão brasileira, internacionalmente reconhecidas por sua violência institucional? Viver na prisão limita o mundo. Uma criança na prisão tem não só seus estímulos drasticamente limitados, como também sua vida atravessada pelo dispositivo carcerário. O mundo que lhe recebe é um mundo de regras, violências, limites, trancas.

Logo, para minimizar o impacto da prisão nas crianças, a institucionalização das pequenas vidas, é preciso pensar em creches e escola sempre fora da instituição prisional e ligadas à rede municipal e estadual de ensino. Longe de o *arquipélago carcerário* (FOUCAULT, 2002) passar a abarcar também berçário e creches – além das prisões, fundações e manicômios –, propõe-se a aplicação do princípio da incompletude institucional, que norteia no Brasil as políticas da infância e juventude, no sentido de que elas sejam desenvolvidas em conjunto por instituições estatais de diversas áreas e esferas (federal, estadual e municipal), assim como por organizações da sociedade civil.

A observação desse princípio pode funcionar como uma resistência à instituição total, contra a totalização das instituições e a minimização das vidas institucionalizadas. As recentes reconfigurações do ensino e da saúde no sistema prisional brasileiro apontam para esse caminho, ao deslocar competências das secretarias de administração penitenciária para secretarias próprias. Essa mudança reposiciona a prisão e as pessoas presas como participantes da sociedade – uma escola dentro da prisão é mais uma escola da rede pública, um ambulatório na prisão é uma unidade básica de saúde do município, além de permitir que outras lógicas concorram com o paradigma do controle e da segurança que pauta as relações e o funcionamento do espaço prisional.

3.3 Discricionariedade no sistema

Estória 3: Dormir no berço: dentro e fora da lei (Ceará x Minas Gerais)
Em pesquisa anterior, discutiu-se como a discricionariedade, pessoalidade e falta de transparência são características comuns às administrações das prisões no Brasil (BRAGA, 2013, p. 63). Os objetivos e padrões de procedimento são (re)produzidos de forma autônoma pelas unidades prisionais, levando ao que Rosa Fisher (1989, p. 80) denominou "gerenciamento do cotidiano prisional" – um conjunto de práticas formais e informais, capazes de garantir o bom funcionamento do estabelecimento prisional, cuja autonomia é reforçada pela falta de transparência dessas gestões.

Se o cotidiano prisional brasileiro, de forma geral, não é fruto de políticas pensadas e articuladas, mas resultado de configurações locais (arranjos de poder na prisão, perfil da direção e população prisional, vontade dos gestores), no caso do encarceramento feminino o *gerencialismo* ganha uma dimensão ainda maior. Historicamente as mulheres não foram objeto – e tampouco sujeitas – das políticas penitenciárias, o planejamento e a execução das poucas políticas efetivas nos cárceres brasileiros estavam até o século passado centralizados na figura do preso homem. E homem aqui faz referência não só a pessoa nascida de sexo masculino, mas também cisgênera e heterossexual.

Na presente pesquisa ficaram evidenciadas diferenças em termos de procedimentos, deveres e direitos, que variam de um estabelecimento para outro, bem como o personalismo na gestão prisional, presente nas falas das diretoras dos estabelecimentos visitados ao se referirem às unidades que dirigem e às pessoas sob sua direção fazendo uso do pronome possessivo: "minha prisão", "minhas agentes", "minhas presas"...

Tal discricionariedade precariza a garantia de direitos no espaço prisional. O exercício da maternidade se inscreve no regime disciplinar e, portanto, é atravessado por normas e sanções. Quanto mais discricionárias e pessoais forem as regulamentações, maior a insegurança física, psíquica e jurídica dessas mulheres, na medida em que o modo de ser presa e ser mãe é determinado pela autoridade local, que dita a lei na unidade.

Uma das constatações da pesquisa foi a falta de uniformização das regras dos cuidados materno-infantis. Por exemplo, a definição de onde deve dormir o bebê é situacional: no Ceará, como a unidade materno-infantil não tem berço, os bebês dormem na cama com a mãe. Já em Minas Gerais, onde todos têm berço, a mãe é obrigada a colocar o bebê no berço para dormir, sob pena de que sua conduta seja considerada falta disciplinar e sob ameaça constante de ser separada do filho ou filha caso descumpra as regras mineiras de como ser mãe. O mesmo ocorre em relação às regras de alimentação. Há unidades em que a mãe é obrigada a dar exclusivamente leite materno até os 6 meses de idade; já em outras, ela deve instituir outros alimentos a partir de 4 meses. Mesmo dentro de um mesmo estado, encontramos discrepâncias entre as

condições de encarceramento e o cuidado materno-infantil, visíveis principalmente no contraste entre a realidade das mulheres em Cadeias Públicas e em Penitenciárias Femininas, como no caso de São Paulo.

Além de ferir a autonomia da mulher presa, desrespeitando os desejos, crenças e valores que conformariam seu modo próprio de ser mãe, as normas e sanções do cárcere instituem um regime de medo constante, já que qualquer passo dado fora do estabelecido pode levar à separação da criança e a "expulsão" do espaço materno-infantil. Ademais, o desrespeito às regras instituídas ocasiona sanções disciplinares que acabam por envolver as crianças (já que elas estão todo o tempo sob responsabilidade da mãe), como no caso da "tranca", na qual mãe e bebê ficam juntos na cela, em regime de isolamento.

3.4 Criminosa e mãe: duas capturas

Estória 4: O inferno da grávida e a ascensão da puérpera no espaço prisional (Rio de Janeiro e Paraná)

Conforme problematizado anteriormente, a mãe e a criminosa ocupam espectros opostos no rol de papéis designados às mulheres na nossa sociedade. Essa chave interpretativa pode explicar muitos discursos e práticas construídos em torno da *mãe criminosa*, como os presentes na narrativa que se segue.

O Rio de Janeiro e o Paraná são estados que investiram na construção das unidades materno-infantis. A Unidade Materno Infantil (UMI) do Complexo Penitenciário de Gericinó, em Bangu, foi a primeira creche penitenciária do Brasil, fundada em 1966. Hoje tem autonomia administrativa (com recursos e direções próprias) e é vinculada à coordenadoria de saúde da administração penitenciária. A UMI conta com boa estrutura física e de recursos humanos, além de haver um fluxo entre a unidade e a Justiça da Infância e Juventude. Nela as mulheres ficam soltas de dia, em um terreno com pátio, área verde e uma série de atividades laborais e recreativas. Justo ao lado da UMI, está a Talavera Bruce, também a penitenciária mais antiga do Brasil,[15] que concentra as grávidas presas no Complexo de Gericinó. A "ala das gestantes" é composta por duas grandes celas, e nelas há apenas beliches, que ocupam o espaço de ponta a ponta. Não há qualquer tipo de cuidado ou tratamento específico que atenda à condição de gestante, os acompanhamentos são externos e dependem de disponibilidade de escolta para acontecerem, as mulheres só saem para banho de sol e poucas trabalham.

No Paraná o contraste é ainda mais gritante, na medida em que a mulher gestante, e mesmo puérpera, não ascende a nenhum lugar na prisão por conta de sua situação especial; ao contrário, lhe era destinado um dos lugares mais precários da prisão: a "Galeria A", onde ficavam as mulheres grávidas, e, nos seis meses após darem à luz, seus bebês. O local destinado a gestantes e puérperas era o mais precário da prisão,

com péssima infraestrutura, um ambiente completamente insalubre, composto por um espaço bem estreito (uma espécie de corredor com quartos), com sete celas com duas camas cada, um banheiro de uso geral e uma lavanderia. No dia em que a equipe de pesquisa esteve presente, as mulheres da "Galeria A" puderam sair para o banho de sol; porém, em conversas informais, as presas denunciaram que elas não saíam das celas fazia mais de quinze dias e que isso só se deu devido à presença das pesquisadoras na unidade prisional.

Já as crianças maiores de 6 meses eram conduzidas para a creche "Cantinho Feliz", onde passavam a dormir sob os cuidados de duas agentes penitenciárias. A creche, ao abrigar filhas e filhos de mães presas de até 6 anos de idade, é experiência inovadora no Brasil, uma vez que as penitenciárias brasileiras que têm alguma estrutura contam somente com berçários. Porém, se as crianças no Paraná contavam com boa sorte, o mesmo não ocorria em relação às suas mães. Esse foi um padrão que se repetiria no decorrer da pesquisa, de valorização do recém-nascido em detrimento da mãe. Essa tendência apareceu nos demais campos e em diversos discursos que se centravam na defesa dos direitos da criança, mas não falavam da mulher presa.

3.5 Vulnerabilidade feminina e sistema de justiça criminal

Estória 5: O *kit* visita e a presa fácil (São Paulo-SP)

O perfil da população prisional no Brasil é basicamente um: pessoas pobres, pouco escolarizadas e, em sua maioria, negras. As mulheres não diferem desse perfil, ao contrário, são presas ainda mais fáceis do sistema de justiça criminal devido ao papel que ocupam no tráfico de drogas, o crime que mais prende mulheres hoje no Brasil.

De acordo com o último relatório do DEPEN (BRASIL, 2015), 63% das mulheres encarceradas no Brasil estão detidas por crimes relacionados a drogas. Normalmente, as mulheres ocupam papéis secundários na economia do tráfico, como transporte, vigilância e manutenção de entorpecentes em casa. São atividades que permitem conciliar as atividades domésticas com atividades tidas como criminosas e que, ao mesmo tempo, deixam as mulheres mais expostas às prisões em flagrante, com materialidade comprovada e, portanto, com menos chances frente ao sistema de justiça criminal.

De acordo com a pesquisa de Iara Ilgenfirtz e Bárbara Soares (2002) sobre o perfil das mulheres presas no Rio de Janeiro no fim da década de 1990, 56,1% delas estavam presas por crimes associados às drogas. No estudo, as autoras mapearam o lugar que essas mulheres ocupavam na "rede do tráfico": em torno de 50% declararam estar em funções subsidiárias ou subalternas, como "mula" ou "avião" (que transporta a droga), "vapor" (que negocia pequenas quantidades), "assistente/fogueteira" (que controla a presença da polícia); 27% se definiram como "bucha" (a pessoa que está presente na cena em que são efetuadas as prisões de alguém envolvido) e 10,7%

como cúmplices. Poucas se identificaram como "vendedoras" e apenas uma pequena parte se intitulou como "abastecedora/distribuidora", "traficante", "caixa/contabilidade", "gerente" e "dona de boca", papéis principais.

Além disso, muitas dessas mulheres são presas justamente ao tentar ingressar com drogas nas prisões masculinas, com o intuito de levá-las aos seus companheiros, filhos e parentes em geral. Essa conduta, além de ser uma causa de aumento de pena do crime de tráfico (art. 40, III, da Lei n. 11.343/06), faz com que a mulher seja levada da unidade visitada diretamente para a prisão, em flagrante.

Visando integrar os pressupostos críticos com uma atuação clínica (voltada para a pessoa), Eugênio Raul Zaffaroni propôs a ideia de *clínica da vulnerabilidade*[16] enquanto "um saber que permita ajudar as pessoas criminalizadas a reduzir seus níveis de vulnerabilidade" (1998, p. 26) ou "uma técnica tendente a ensinar ao homem a não oferecer a face à bofetada do sistema penal" (1990, p. 64).

Em oposição ao conceito de vulnerabilidade, propõe-se o conceito de *sofisticação* elaborado por Turk (1969). Para o sociólogo americano, a sofisticação constitui a capacidade de conhecer a conduta dos atores do sistema de controle e manipular a própria conduta a partir desse conhecimento, de forma a dificultar a criminalização. Sujeitos não sofisticados são menos hábeis em avaliar os pontos fortes e fracos de sua posição em relação às autoridades e, consequentemente, têm menos capacidade para evitar a guerra aberta com elas.

A estória ouvida na Cadeia Feminina de Franca, no estado de São Paulo, ilustra bem a falta de sofisticação dessas mulheres ao desafiar a lei criminal. Bárbara, mãe de um bebê de 4 meses, fora visitar o companheiro preso no Centro de Detenção Provisória (CDP) de Franca, porém não passou da porta de entrada, pois, ao passar pelo detector de metais, este foi acionado, o que a levou a ser revistada. Na revista, foram encontradas nas suas cavidades interiores uma trouxinha de maconha e uma "pomada para relações sexuais". A entrada com a pomada nas unidades prisionais, ainda que não permitida, não configuraria crime, e foi justamente o lacre da embalagem que levou à droga. Logo, lhe foi perguntado por que ela não entrara um dia com a pomada e outro com a maconha, e Bárbara respondeu que "Aí não tem graça, o que é bom é os dois juntos!".

Ainda que possa ser compreensível a ideia de Bárbara em relação ao "*kit* visita", como entender que ela, mesmo sabendo que estava ingressando em uma unidade prisional com detector de metais, não tomou o simples cuidado de tirar o lacre? Ou então por que não pensou em levar a droga e a pomada em dias diferentes? Essa estória demonstra, de acordo com a imagem trazida por Zaffaroni, como essas mulheres "dão a cara para o sistema de justiça criminal bater".

Nesse sentido, duas estratégias se apresentam como complementares para a não criminalização dessas mulheres. No plano macrossociológico, lutando pela modificação da lei e da política criminal com o fim de substituir a resposta penal, e na perspectiva

clínica, microssociológica, fortalecendo as pessoas perante o sistema seletivo e violento, de modo que elas não sejam pegas facilmente pelas teias criminais.

Conclusões

As figuras da mãe e da criminosa ocupam polos opostos nas representações do gênero feminino. Enquanto a maternidade atende ao tradicional papel social da mulher, o envolvimento com crime é atestado de desvio do feminino. As mães acusadas e condenadas pelo sistema de justiça criminal vivem essa ambiguidade, encarnando a norma e o desvio, desafiando a lógica binária da racionalidade jurídico-penal. Nesse cenário, a maternidade encarcerada é um dispositivo de normalização da mulher tida como desviante, em busca de uma subjetividade cada vez menos criminosa e cada vez mais maternal.

As estórias aqui narradas apontam para a complexidade que envolve a temática da maternidade e prisão. A partir da "Estória 1: seguro infantil e a carta pro abrigo", discutiu-se como o disciplinamento da maternidade e a ameaça da separação abrupta entre mãe e criança produz maternidades superdimensionadas (hipermaternidade) que serão interrompidas abruptamente (hipomaternidade). Na "Estória 2: a menina que não conhecia as estrelas", tratou-se do violento impacto que a prisão pode ter nas crianças ao restringir seu mundo às grades. Já a "Estória 3: dormir no berço: dentro e fora da lei" contribuiu com o debate acerca da discricionariedade da administração prisional e suas consequências para o exercício da maternidade. A "Estória 4: o inferno da grávida e a ascensão da puérpera no espaço prisional" ilustrou a supervalorização dos direitos da criança em detrimento dos direitos da mulher. Ao final, com a "Estória 5: o *kit* visita e a presa fácil", destacou-se a vulnerabilidade da mulher perante o sistema de justiça criminal e a urgência na mudança de política criminal de encarceramento de mulheres.

Entre a soberania da lei e o chão da prisão cabe uma série de problematizações sobre em que medida os avanços legais refletiram em ganhos concretos para as mulheres processadas e condenadas no Brasil. Como se discutiu anteriormente, quando há uma política específica para a gestante ou puérpera, ela só atinge parte das mulheres, principalmente as que estão nas unidades perto das capitais. Depois, mesmo quando as atingem, a garantia de direitos por parte do Estado gera uma punição extra sutil: mais uma esfera da vida disciplinada, mais uma vida normalizada, micropoderes que conformam as estórias que se seguirão. E, por último, a defesa de mais direitos pode gerar o efeito colateral de reforçar a escolha pelo encarceramento.

A defesa de melhores prisões tem o efeito perverso de legitimar maternidades encarceradas. Sob esse argumento, nossas juízas e juízes têm preferido manter mulheres e crianças na cadeia, vigiadas, controladas. Uma melhor possibilidade de exercício da maternidade ocorrerá sempre fora da prisão; se a legislação fosse cumprida,

tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estariam minimizados. A escolha da prisão como resposta quase unívoca do sistema, especialmente para o crime de tráfico, cria paradoxos, os quais seriam evitados caso a gestante ou mãe não estivesse presa.

Logo, a defesa da melhora da situação das mulheres e crianças que vivem nas prisões brasileiras não pode vir dissociada do questionamento mais amplo dos lugares da prisão e dos gêneros na sociedade. Dentre futuras pautas necessárias ao desenvolvimento do debate, duas se mostram urgentes no sentido de desafiar o poder punitivo em relação à mulher encarcerada. Primeiro, discutir o exercício da maternidade apesar da prisão, e nunca na prisão, criando estratégias que desloquem a centralidade da prisão como solução de política criminal. Segundo, com pesquisas que problematizem as associações do feminino com o cuidado. Por que não discutir paternidade e cárcere? Aplicar prisão domiciliar para os homens cuidadores? Creche para unidades masculinas? Ampliação da licença paternidade?

Sem essas reflexões, corre-se o risco de naturalizar a prisão como solução de política criminal e o cuidado materno como exclusivamente responsável e essencial à vida das crianças. Conforme advertiu Smart (1989, p. 3), "o risco é [*de que*] o discurso jurídico se torne, frente às demandas feministas, mais uma arma contra a mulher do que a favor do feminismo".

Uma terceira pauta – caríssima ao debate de gênero e direito – estaria em discutir formas, meios e palavras utilizados na construção de subjetividades não hegemônicas pelo sistema de justiça e os efeitos do reconhecimento desses novos sujeitos de direito, abrangendo as novas demandas do movimento feminista e LGBT. A problemática final que encerra este artigo é que, ao mesmo tempo que a conquista de direitos aumenta a visibilidade e as políticas de gênero no sistema penal, o sistema de justiça captura essas novas subjetividades pela ação do poder, que vigia, fixa, define e regula:

> [...] the rights are no basic rights but formal rights and conformity to specification is a prerequisite for exercising such rights. More rights come at cost of the potential for greater surveillance and greater conformity and the claim for new rights brings about the possibility of new forms of regulation.[17] (SMART, 1989, p. 162).

Por isso, compartilha-se da ideia de Carol Smart que, inspirada na perspectiva foucaultiana de positividade do poder, propõe que o poder de direito está principalmente em definir eventos e recusar discursos alternativos. Logo, o poder do feminismo – e, nesse sentido, uma resistência, um contrapoder –, mais do que pedir mudanças legislativas, está em desafiar definições, construindo uma realidade alternativa à manifesta no discurso jurídico (SMART, 1989, p. 160).

A proposta de criminologia feminista, que começa a se delinear no presente trabalho, é de se debruçar sobre os discursos e as práticas jurídico-penais para trazer à tona valores e subjetividades com marca de gênero que os permeiam. Problematizar como o sistema de justiça criminal produz, organiza e fixa valores de gênero, além das consequentes desigualdades sutis e silenciadas advindas desse marco.

Nesse sentido, apostou-se nas narrativas do cárcere como formas de enfrentar o seu silenciamento. No fim da caixa de pandora, saem crianças e mães enlutadas. Daí a importância de etnografias, histórias de vida, narrativas como processo de resistência à mortificação material e simbólica dessas vidas condenadas. Cabe ressaltar que se pretendeu o cuidado ético de não falar em nome dessas mulheres (por elas), ao contrário, propõe-se um caminho na contramão: que essas mulheres falem por nós através de suas histórias, nos guiem na reflexão e mostrem caminhos para enfrentar a questão. A academia está longe de sentir na pele o drama da prisão, mas não pode se eximir de retratá-lo como produção concreta da (in)justiça, desde um possível lugar de encontro.

NOTAS

1 De acordo com dados do relatório do DEPEN realizado com base nos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de dezembro de 2011 (BRASIL, 2014).

2 Dados disponíveis em: <http://www.prisonstudies.org/country/brazil>. Acesso em: mar. 2014.

3 IBGE. *Censo 2010*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/Brasil_tab_1_4.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2015.

4 De acordo com os últimos dados coletados pelo Infopen.

5 "A fim de reivindicar direitos, o indivíduo deve se enquadrar em categorias específicas" (tradução nossa).

6 "não podemos prever o resultado de qualquer reforma do direito individual. Na verdade, o principal dilema para qualquer engajamento feminista com a lei é a certeza de que, uma vez aprovada, a legislação está nas mãos de indivíduos e agências muito distantes dos valores e políticas do movimento de mulheres" (tradução nossa).

7 "[...] a lei pode ter efeitos muito diferentes dependendo de quem é o sujeito da lei" (tradução nossa).

8 A equipe de pesquisa foi composta por Bruna Angotti na vice-coordenação; Carolina Costa, Davílis Maza, Fernanda Ozilak, Naila Chaves Franklin e Paula Pereira Gonçalves Alves como assistentes de pesquisa.

9 Aqui cabe ressaltar que as estratégias e concepções dos movimentos feministas em relação ao sistema de justiça criminal são diversas, assim como o são os feminismos. Neste trabalho, adotamos a perspectiva de Carol Smart de desconfiança em relação ao poder do direito, com a proposição de caminhos alternativos para a luta feminista.

10 As reflexões aqui apresentadas são fruto do campo da pesquisa e algumas delas estão no relatório final da pesquisa (BRASIL, 2015).

11 "Essa racionalidade baseia-se no pressuposto de que a mulher que aceita seu papel tradicional, que é passivo, gentil e cuidadoso, é também não criminosa" (tradução nossa).

12 Esse *insight* veio logo no início da pesquisa, na realização do grupo focal na Cadeia Feminina de Franca (SP). O fato de as próprias presas debaterem coletivamente os temas da pesquisa e discordarem em muitos pontos permitiu verificar-se que não há consenso do que fazer em termos de maternidade e prisão.

13 De acordo com a Lei de Execução Penal, seis meses é o prazo mínimo estabelecido em lei para que as mulheres presas possam permanecer com seus bebês.

14 Realizada no Centro Nova Semente no Complexo da Mata Escura em Salvador, em dezembro de 2012.

15 Para uma história do encarceramento feminino do Brasil ver Angotti (2012).

16 Zaffaroni escolhe mudar a denominação "criminologia clínica" para "clínica da vulnerabilidade" a fim de, justamente, romper com a associação dessa criminologia com aquela outra formulada pela escola positivista italiana.

17 "[...] os direitos não são direitos básicos, mas direitos formais e conformidade à especificação é um pré-requisito para o exercício desses direitos. Mais direitos vêm ao custo do potencial aumento da vigilância e conformidade e a demanda por novos direitos traz a possibilidade de novas formas de regulação" (tradução nossa).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus*: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Preso pelo Estado e vigiado pelo crime*: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____; ANGOTTI, Bruna. *O excesso disciplinar*: da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. 2015. No prelo.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN). Sistema Integrado de Informacoes Penitenciarias (Infopen). *Mulheres presas – dados gerais*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra*: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça; Ipea, 2015. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2015/03/51-Dar-a-luz-na-sombra.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? *Cadernos Pagu*, Unicamp, v. 21, p. 219-260, 2003.

CERNEKA, Heidi Ann. Regras de Bangkok: está na hora de fazê-las valer! *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 232, p. 18-19, ago. 2012.

DELEUZE, Gilles. ¿Que és un dispositivo? In: _____. *Michel Foucault, filósofo*. Barcelona: Gedisa, 1990. p. 155-161.

DINIZ, Debora. Perspectivas e articul*ações* de uma pesquisa feminista. In: STEVENS, Cristina; OLIVEIRA, Susane Rodrigues de; ZANELLO, Valeska (Orgs.). Estudos feministas e de gênero: *articulações e perspectivas*. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2014. p. 11-21.

FISCHER, Rosa Maria. *Poder e cultura em organizações penitenciárias*. 1989. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Economia e Administração, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.
FOUCAULT, Michel. Sobre a história da sexualidade. In: _____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p. 243-227.
_____. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2002.
GUILLIGAN, Carol. *Teoria psicológica e desenvolvimento da mulher*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. *Prisioneiras*: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *Criminal Woman, the Prostitute, and the Normal Woman*. Translated by Nicole Hahn Rafter and Mary Gibson. Durham: Duke University Press, 2004.
QUINTINO, Silmara Aparecida. *Creche na Prisão Feminina do Paraná*: humanização da pena ou intensificação do controle social do Estado? 2005. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Paraná, 2005.
RIFIOTIS, Theophilos. Direitos humanos: sujeito de direitos e direitos dos sujeitos. In: SILVEIRA, Rosa Maria G. et al. *Educação em direitos humanos*: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p. 231-244.
ROSA, João Guimarães. As margens da alegria. In: _____. *Primeiras estórias*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 49-45.
SMART, Carol. *Woman, crime and criminology*: a feminist critique. London: Routledge and Kegan Paul, 1976.
_____. *Feminism and the power of law*. London: Routledge, 1989.
TURK, Austin. *Criminality and legal order* . Chicago: Rand McNally, 1969.
ZAFFARONI, Eugênio Raul. A criminologia como instrumento de intervenção na realidade**.** *Revista da Escola do Serviço Penitenciário do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 51-68, jul.-set. 1990.
_____. *Criminología*: aproximación desde un margen. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

Ana Gabriela Mendes Braga

Franca – SP – Brasil
anagabrielamb@gmail.com

Doutora em Criminologia pela Universidade de São Paulo (USP) com estágio doutoral na Universitat de Barcelona (UB).
Professora da Universidade Estadual Paulista (Unesp), campus de Franca.

RECEBIDO EM 18.06.2014 | APROVADO EM 19.10.2015

A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DA MATERNIDADE NA PRISÃO *

Luciana Simas, Miriam Ventura, Michelly Ribeiro Baptista e Bernard Larouzé

THE BRAZILIAN JURISPRUDENCE ABOUT MOTHERHOOD IN PRISON

RESUMO

O estudo analisa criticamente decisões que envolvem mulheres presas e seus filhos nascidos na prisão. A pesquisa foi realizada nos bancos de dados do STF, do STJ e dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo e Mato Grosso, de 2002 a 2012. Das 3.720 ementas identificadas a partir de descritores específicos, foram selecionados apenas 122 documentos relativos ao objeto da pesquisa. Tal resultado sugere uma invisibilidade do tema na instância judicial no período pesquisado. Grande parte dos julgados refere-se a tráfico, abordando o caráter hediondo associado ao delito e a aplicação de medidas de encarceramento, apesar de a maioria das presas ser primária e provisória. Destacam-se pedidos de prisão domiciliar e de liberdade provisória, em sua maioria indeferidos. O direito indisponível da criança à amamentação, à saúde e à convivência com a mãe, por vezes, é limitado diante do discurso de garantia da ordem e segurança pública.

PALAVRAS-CHAVE

Judiciário; mulheres; prisão; crianças; maternidade.

ABSTRACT

This article presents a critical analysis of decisions that involves incarcerated women and their child born in prison. A search was performed in the data banks of Brazilian superior courts (the STF, STJ and the Tribunais de Justiça of Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo e Mato Grosso), from 2002 to 2012. From the 3.720 syllabus identified from specific descriptors, only 122 documents relating to the object of research were chosen. This result suggests the invisibility of this theme in the judicial proceedings during the period surveyed. A large proportion of reasons adduced refers to drugs traffic, and address the hideous nature of the offence and the application of incarceration measures in spite of most incarcerated women be primary and provisional detainees. It can be highlighted requests of domiciliary prison and release on bail, which, in most instances, were not granted. The child indisposable right to breast-feeding, to health and to living with his mother is often limited in front of a discourse of guarantee of order and public security.

KEYWORDS

Judiciary; women; prison; children; maternity.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201524

"É impossível passar por uma prisão e sair sem marcas e feridas. Acontece com todos. Com os que pra lá são mandados, para cumprir uma pena. Com funcionários e visitantes. E, por que não, com pesquisadores." (Lemgruber, 1999, p. 13)

Complementa Armelin (2010, p. 6): *"qualquer pessoa que tem contato com uma prisão sofrerá alguma mudança, e assim, devemos incluir os filhos das mulheres encarceradas".*

Introdução

De acordo com dados oficiais do Ministério da Justiça (DEPEN, 2011), em dezembro de 2011, existiam 34.058 mulheres encarceradas, o que representa cerca de 7% do total da população penitenciária, em uma vertiginosa ascensão (aumento de 98,7% de 2005 a 2011). Também se observa o crescimento acentuado da aplicação do regime fechado e de prisões provisórias. A distribuição dessa população por regimes de cumprimento de pena era: 44,1% da população feminina (12.945 mulheres) cumpria pena em regime fechado, 15,7% (4.607 mulheres) em regime semiaberto, 4,1% (1.201 mulheres) em regime aberto e 34,4% (10.100 mulheres) em regime provisório, no sistema de polícia. Havia ainda o contingente de 1,7% da população feminina (494 mulheres) em cumprimento de medida de segurança. Portanto, 78,5% do total encontrava-se em unidades prisionais, como penitenciárias ou delegacias.

A prisão feminina expõe especificidades correlacionadas ao gênero – como questões de saúde reprodutiva e infantil, de proteção e assistência social à maternidade e à infância nesse ambiente – que refletem, no contexto ético-jurídico contemporâneo, direitos humanos reconhecidos no âmbito internacional e nacional.

No cenário brasileiro, a Constituição Federal garante direitos fundamentais à população feminina carcerária, como o de amamentar seus filhos e ter sua integridade física e moral respeitada (art. 5º, incisos L, XLIX).[1] Inclui expressamente o dever de proteção à maternidade (art. 6º, *caput*) e a assistência gratuita à criança até seis anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, inciso XXV), como direitos sociais. A proteção da maternidade é reiterada como um direito previdenciário e de assistência social (art. 201, inciso III, e art. 203, inciso I), assegurando-se, ainda, amplo direito à saúde, com acesso universal igualitário às ações e aos serviços de saúde (art. 196). Como direitos de família, garante a livre decisão da pessoa sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos (art. 226, § 7º), livre de coerções e discriminações de qualquer espécie (VENTURA, 2009). E à criança são resguardados, com absoluta prioridade, os direitos à vida, à saúde, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, a salvo de qualquer negligência, violência, crueldade ou opressão (art. 227, CF).

As alterações legislativas sofridas pela Lei de Execução Penal (LEP) (Lei n. 7.210/84) e pelo Código de Processo Penal (CPP) (Decreto-Lei n. 3.689/41), respectivamente nos anos de 2009 e 2011[2], representam avanços normativos a respeito do tema (VENTURA et al., 2015). Preveem acompanhamento médico à mulher e ao recém-nascido; obrigatoriedade de berçário com tempo mínimo de amamentação de seis meses; seção para gestante e parturiente, com creche para filhos desamparados maiores de seis meses e menores de sete anos; regime aberto domiciliar para condenada gestante ou com filho menor ou, ainda, deficiente físico ou mental; bem como prisão domiciliar como medida cautelar. No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei n. 8.069/90), modificado pela Lei n. 12.962/14, determina a impossibilidade da perda do poder familiar pela condenação criminal, exceto no caso de condenação por crime doloso sujeito à reclusão contra o próprio filho, garantindo o direito à convivência familiar, à assistência social.

Além da legislação interna favorável, o Brasil é signatário dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Participa ativamente da implementação dos planos resultantes da Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD) (CAIRO, 1994), que tratou das questões de direitos e saúde reprodutiva e das famílias, incluindo a população carcerária (BRASIL, 2005), bem como das Regras de Bangkok, das Nações Unidas, para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (ONU, 2010).

A maioria das mulheres é acusada de praticar crimes sem violência e, no mais das vezes, por envolvimento com drogas. Os dados do DEPEN (2011) convergem com essa análise apontando que as presas condenadas por tráfico (nacional e internacional) representam 64% da população feminina nas penitenciárias brasileiras. O perfil social das mulheres privadas de liberdade revela, em sua larga maioria, origem em classes populares, baixa instrução e exclusão do mercado formal de trabalho. Nesse sentido, o processo de criminalização da miséria abordado por Löic Wacquant (2003) é transportado por Santos para a realidade brasileira, quando percebe que:

> a prisão funciona como principal aparelho punitivo e de repressão sobre essa classe, e o Estado enquanto principal regulador dessa política máxima quanto à salvaguarda dos interesses capitalistas e mínima quando se refere à responsabilização frente aos investimentos sociais. O sistema penitenciário brasileiro não foge a essa regra e seus indicadores vêm demonstrando a ineficácia dos argumentos de reintegração social contraditoriamente ao seu papel segregador e vulnerabilizador de determinados segmentos da sociedade. (SANTOS, 2011, p. 45)

Posto em xeque o discurso de ressocialização e a retórica da garantia de direitos dos presos, é possível ratificar que o cárcere concretiza uma dupla discriminação (por

ser mulher e presa) e tem se mantido fiel ao seu papel ao longo da história: "punir e castigar através do afastamento social" (SANTOS, 2011, p. 45).

Além disso, conforme observam Rodolfo Valente, Heidi Ann Cerneka e Fernanda Baler (2011), a falta de políticas públicas que considerem a prisão sob a perspectiva de gênero acaba por gerar uma verdadeira "sobrepena" para as mulheres. Constata-se uma "inadequação estrutural do sistema prisional às necessidades femininas", pois, em regra, as prisões femininas seriam adaptações das masculinas, o que torna os impactos da prisão ainda mais severos, implicando uma sistemática violação dos direitos humanos.

Ao discutir a separação entre mãe e filho em função do cárcere, Claudia Stella (2009) reflete sobre questões como a culpabilização sobre o abandono sofrido, abalos na estrutura familiar e a possibilidade do filho desamparado "retroalimentar a carreira do crime". O estigma social enfrentado, o papel social da mãe no ambiente familiar, os estereótipos aceitos tradicionalmente sobre masculino e feminino, bem como o próprio conceito de família, são temas a serem considerados quando se discute maternidade no contexto prisional, considerando-se que, "quando o pai é preso, a maioria das crianças continua sendo cuidada pela mãe. Contudo, quando da prisão materna, somente 10% das crianças continuam sendo cuidadas pelos companheiros das mães" (GABEL apud STELLA, 2009).

Conforme descrito por Armelin (2010), as crianças que iniciam a vida no alojamento conjunto de uma prisão, sendo privadas de conviver na sociedade livre, encontram-se em uma situação peculiar, dentro de uma instituição total. Nesse sentido, "a privação pela qual a criança passa deixa evidente a discrepância no desenvolvimento entre uma criança 'livre' e uma criança que vive atrás dos muros de uma penitenciária", que acaba não conseguindo ter uma convivência normal com sua genitora. Segundo a autora (2010, p. 12), o ambiente impróprio, que não oferece meios adequados de locomoção nem objetos que possam ser usados em atividades espontâneas, acaba por aprisionar mais as crianças que as próprias mães, tendo em vista que a falta de condições ambientais interfere de maneira negativa no desenvolvimento do filho. Porém, a criança é percebida pelas presas como uma motivação para que a mulher consiga cumprir a pena de uma maneira mais tranquila, modificando seus comportamentos; por isso, impedir o convívio seria mais uma das várias privações que a detenção ocasiona (ARMELIN, 2010, p. 13).

A abordagem desse tema complexo exige uma análise das respostas emanadas pelo Poder Judiciário na garantia dos direitos dessa parcela vulnerável da população. Para tanto, a pesquisa jurisprudencial surge como caminho adequado para se compreender o "dizer do direito" em relação ao assunto e evidencia o grau de eficácia das normas ao concretizar sua aplicação. Considerando-se que a jurisprudência representa o posicionamento de determinado órgão do Poder Judiciário, identifica-se, desse modo, a palavra final acerca do conflito.

Notadamente no campo criminal, a prisão simboliza um "aspirador da escória social", refugo da sociedade de mercado (WACQUANT, 2003, 2004), representando a junção de violências e humilhações cotidianas, como vetor de desagregação familiar, de desconfiança cívica e de alienação individual. Correlacionando-se com o objeto de estudo deste artigo, é importante perceber que:

> o impacto danoso do encarceramento não age apenas sobre o detento, mas também, e de modo mais insidioso e injusto, sobre sua família: deterioração da situação financeira, desagregação das relações de amizade e de vizinhança, enfraquecimento dos vínculos afetivos, distúrbios na escolaridade dos filhos e perturbações psicológicas graves decorrentes do sentimento de exclusão aumentam o fardo penal. (WACQUANT, 2004, p. 221)

A vulnerabilidade das mulheres encarceradas é ainda mais acentuada para as detentas grávidas e para aquelas que, tendo dado à luz seus filhos durante o encarceramento, vivem com eles em prisões insalubres, sob a vigilância constante e num contexto incompatível com um desenvolvimento afetivo, motor e psicossocial harmonioso. Levantamento seccional realizado em 2012, no âmbito macro desta pesquisa junto às administrações penitenciárias dos estados brasileiros (LEAL et al., 2014), mostrou que 2% das 23.782 mulheres encarceradas encontravam-se grávidas e, no período de um ano, 272 presas tiveram seus filhos no cárcere. Cerca de 400 crianças (das quais 370 com menos de 1 ano) viviam com suas mães em prisões, o que justificou o levantamento objeto deste artigo. Todavia, não foram identificados estudos jurisprudenciais sobre essa população precarizada e negligenciada na busca bibliográfica empreendida no período pesquisado, tornando-se relevante este estudo, cujo objetivo é compreender como a questão da maternidade das mulheres presas e da vida de seus filhos nascidos na prisão tem sido tratada pelos magistrados nacionais. Para tanto, realizamos análise do conteúdo de decisões dos Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça locais.

O presente artigo é fruto dessa pesquisa multidisciplinar realizada no âmbito do macroprojeto Saúde Materno-Infantil nas Prisões do Brasil, desenvolvido pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP)/Fiocruz, com abrangência nacional. Além do componente jurídico, foram realizados estudos relacionados à atenção à saúde da mulher e da criança, bem como aos aspectos psicossociais e arquitetônicos das condições prisionais. A análise do debate jurídico foi organizada em duas partes. Na primeira, apresentaremos aspectos metodológicos do estudo. Na segunda, discutiremos os resultados obtidos. Almejamos pontuar durante a discussão as questões mais relevantes dos julgados e retomaremos os aspectos emblemáticos nas considerações finais.

1 Metodologia

Trata-se de estudo seccional retrospectivo de decisões do Poder Judiciário concernentes aos direitos das presas e de seus filhos nascidos no sistema penitenciário. Buscou-se entrelaçar conhecimentos do Direito, das Ciências Sociais, da Saúde Pública e da Criminologia, no intuito de sistematizar, de maneira original, as posições oficiais dos magistrados de segunda instância e de Tribunais Superiores sobre o assunto.

A dimensão empírica da pesquisa jurisprudencial permitiu observar como os direitos das mulheres e de seus filhos nos presídios brasileiros – no tocante à saúde, à proteção à maternidade, à família e ao apoio social – vêm sendo abordados no âmbito nacional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). A busca e análise das jurisprudências locais foi realizada nos meses de novembro de 2012 a abril de 2013 e permitiu uma abordagem comparativa, nos Tribunais de Justiça (TJs) de Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo e Mato Grosso. A escolha desses Tribunais Locais ocorreu a partir de uma amostra de conveniência e considerou o grande contingente de mulheres com filhos na prisão nesses estados, identificado na pesquisa mais ampla, bem como o tempo disponível para análise no âmbito do macroprojeto.

A busca e a sistematização da jurisprudência federal e estadual geraram um banco de dados capaz de consolidar as decisões relativas à maternidade, ao nascimento e ao desenvolvimento da criança no ambiente carcerário. Para tanto, foram adotados em todos os tribunais os mesmos descritores: presa e filho; amamentação e presa; creche e presa; poder familiar e presa; prisão domiciliar e mãe e/ou filho(a); saúde materna infantil e prisão; adoção e presa e criança; pátrio poder e presa; presidiária e filho(a); maternidade e presa; Lei n. 12.403/11 presa e filho(a) e maternidade; saúde materna infantil e presa; maternidade e prisão domiciliar.

As fontes de dados secundárias utilizadas foram as bases de dados dos referidos tribunais. Quanto aos critérios de inclusão, compuseram o universo do estudo as decisões judiciais proferidas durante o período de 01/01/2002 a 10/11/2012 que contivessem na ementa algum dos descritores eleitos. Foram excluídos acórdãos que não abordassem questões ligadas ao exercício da maternidade pelas presas ou direitos de seus filhos. Como o levantamento dos dados começou em novembro de 2012, buscou-se abranger os dez anos anteriores de produção decisória.

A coleta de informações jurisprudenciais foi iniciada pela base de dados institucional do STF, tendo sido privilegiada a pesquisa livre, para se evitar a seleção prévia de conteúdos pela administração, como ocorre na modalidade de pesquisa de jurisprudência selecionada por assunto. Destarte, optou-se metodologicamente por um levantamento sem filtro, abrangendo acórdãos, súmulas, súmulas vinculantes e decisões monocráticas, por serem variáveis jurisprudenciais relevantes.

Procedimento metodológico similar foi adotado na pesquisa na base de dados do STJ. Conquanto sejam disponibilizadas decisões previamente selecionadas sobre

temas jurídicos, bem como acórdãos com julgamentos de casos notórios ou por ramo específico do direito, igualmente foi adotada a busca livre com o uso de operadores específicos.

Do mesmo modo foram realizadas as buscas nos *sites* oficiais dos Tribunais de Justiça. Embora possuam competências semelhantes, os Tribunais Locais dispõem de bancos de dados muito diversos, o que, de certa forma, dificulta a análise comparativa. Apesar de grandes investimentos do Poder Judiciário na ampliação de mecanismos de informatização, facilitando a publicidade da tramitação processual e a realização de pesquisas a partir de diversos ângulos, a organização dos *sites* oficiais dos Tribunais de Justiça permanece muito heterogênea, limitando o acesso às decisões judiciais.

Considerando as especificidades de cada banco de dados estadual, foram utilizadas buscas avançadas, mais completas, no intuito de permitir a pesquisa por descritores e por período determinado, relativo tanto à data de julgamento, quanto à da publicação da decisão. Foram selecionados acórdãos e decisões monocráticas, nas áreas criminal e cível, para que se pudesse ampliar os campos de busca e obter uma real dimensão da atuação do órgão acerca dos direitos das mães presas e seus filhos. Destarte, manteve-se a compatibilidade com os demais bancos de dados e um padrão de busca.

2 Resultados e discussão

De todos os tribunais pesquisados, foram identificadas 3.721 decisões que continham em suas ementas algum dos descritores elencados acima. A partir de uma leitura inicial dessas ementas, foram selecionados somente os documentos que diziam respeito especificamente ao objeto da pesquisa relatada, resultando em 177 decisões. Uma segunda etapa de exclusões ocorreu a partir da leitura dessas decisões na íntegra, sistematizando os achados de acordo com a incidência dos descritores, permitindo a identificação de repetições. O resultado dessa etapa totalizou 122 documentos para análise crítica, conforme distribuição a seguir.

QUADRO 1 – **Distribuição das decisões judiciais incluídas na análise, segundo o Tribunal e descritores**

DESCRITORES	STF	STJ	TJRS	TJSP	TJPR	TJMT	TOTAL
1. SAÚDE MATERNA INFANTIL E PRISÃO	0	0	0	0	0	1	1
2. PRESA E FILHO(A)	8	3	24	7	1	14	57
3. ADOÇÃO E PRESA E CRIANÇA	0	0	1	1	0	2	4

4. AMAMENTAÇÃO E PRESA	1	2	0	2	17	15	37
5. CRECHE E PRESA	0	0	0	0	0	5	5
6. PODER FAMILIAR E PRESA	0	0	8	0	3	4	15
7. PÁTRIO PODER E PRESA	0	0	2	0	0	1	3
8. PRISÃO DOMICILIAR E MÃE E FILHO(A)	3	3	4	2	2	14	28
9. PRESIDIÁRIA E FILHO	0	0	8	0	0	5	13
10. MATERNIDADE E PRESA	1	0	0	0	0	3	4
11. LEI N. 12.403/11 E PRESA E FILHO(A) E MATERNIDADE	0	0	1	1	1	0	3
12. SAÚDE MATERNA INFANTIL E PRESA	0	0	0	0	1	0	1
13. MATERNIDADE E PRISÃO DOMICILIAR	1	0	2	0	3	0	6
SUBTOTAL	14	8	50	13	28	64	177
TOTAL SEM REPETIÇÕES	12	5	32	10	25	38	122

Fontes: STF, STJ, TJRS, TJSP, TJPR, TJMT. Elaboração própria.

Observa-se que o descritor que apresentou menor incidência foi "saúde materna infantil e prisão", contrapondo-se aos termos "presa e filho(a)", mais utilizados pelo Judiciário. Também foi constatada uma abordagem considerável em relação à amamentação e à prisão domiciliar.

Para a análise de todas as 122 decisões, foi organizado um banco de dados com as principais variáveis de interesse, como: número do processo; data da publicação da decisão; tipo da decisão (monocrática ou colegiada); procedimento judicial (por exemplo, se Agravo de Instrumento, *Habeas Corpus*, Apelação etc.); partes; relator; órgão julgador; juízo de origem; ementa; crime denunciado; pena aplicada; natureza de prisão; pedido de benefício (prisão domiciliar, livramento condicional, progressão de regime, liberdade provisória e outros); outros pedidos; representação processual; motivação para o pedido (por exemplo, não há estabelecimento adequado ao regime/ está em estabelecimento masculino/ gravidez de risco/ grávida/ filho deficiente/ menor/ outros); decisão (provido/ desprovido/ parcialmente provido); base legal; destinação da criança; se houve consulta prévia a algum órgão para a decisão (por exemplo, Conselho Tutelar, Ministério Público, Vara da Infância, órgãos da saúde); observações gerais.

2.1 Decisões dos Tribunais Superiores

Constatamos inicialmente que o tema das crianças que permanecem com sua mãe na prisão ainda não foi recorrente nos Tribunais Superiores. A incipiente produção jurisprudencial durante o período analisado (2002-2012) nos órgãos de cúpula do Judiciário comprova a "invisibilidade da questão", que poderia ser explicada pelo menor percentual de mulheres no universo prisional, pelo preconceito referente à garantia dos direitos das presas ou por dificuldades de efetivo acesso à Justiça, que envolvem motivações e acessibilidade das próprias presas à Defensoria Pública, aos advogados e ao Ministério Público.

O STF proferiu, durante dez anos, somente doze decisões que discutiram filho(a), amamentação, prisão domiciliar e maternidade, todas correlacionadas à situação da presa. As decisões foram monocráticas, emanadas do próprio relator, ou seja, a questão nem sequer chegou a ser debatida pelo plenário das Turmas do STF. No único caso no qual o acórdão foi proferido a partir da discussão por um órgão colegiado, foi concedido o pedido de liberdade provisória para uma presa sob os argumentos de que estava muito doente e sua filha menor lhe era dependente economicamente. O relato do caso informava que a mulher encontrava-se privada de liberdade cautelarmente havia cinco anos por crime hediondo e conseguiu o benefício da liberdade provisória, sendo que o Ministério Público recorreu, cassando o benefício. A acusada, porém, não foi encontrada para cumprimento do mandado de prisão por um erro cadastral no sistema judiciário. Nesse ínterim, ela foi infectada pelo vírus HIV, contraindo também hepatite C e HTLV (HC 94916, public. 12/12/2008). A controvérsia jurídico-processual dizia respeito à possibilidade de liberdade provisória em denúncias por tráfico de entorpecentes. A decisão considerou irrelevante esse aspecto, principalmente diante da ausência de justificativa para prisão cautelar.

A fundamentação do voto do relator, Ministro Eros Grau, expõe que a prisão, na hipótese de condenação por tráfico de drogas, baseia-se verdadeiramente na "vingança". Assim discorre: "A submissão da paciente ao cárcere é incompatível com o direito, ainda que se possa ter como adequado à regra. Manter presa em condições intoleráveis uma pessoa doente não restabelece a ordem, além de nada reparar. Situação peculiar a configurar exceção", permitida pelo ordenamento jurídico (HC 94916).

A decisão foi embasada no princípio da dignidade da pessoa humana, e, analisando-se o voto proferido pelo relator, observamos o perfil clássico da maioria das mulheres presas: primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, flagrada com pequena quantidade de droga (maconha) quando visitava o marido na penitenciária.

Outro pedido de liberdade provisória de uma presa cautelar teve desfecho completamente diferente, tendo sido indeferido de plano pelo Ministro Relator Luiz Fux (HC 109960/DF, public. 29/08/2011). A presa alegava sofrer constrangimento ilegal, pois, após dar à luz, em vez de ser transferida junto com o recém-nascido para

uma unidade prisional com suporte à maternidade, o bebê foi entregue, após três dias de nascido, aos cuidados da avó materna. A mãe foi encaminhada para o estabelecimento prisional da comarca de Águas da Prata (SP), situada a mais de cem quilômetros do local onde se encontrava a criança, ficando, por esse motivo, o recém-nascido privado de receber o aleitamento materno. Informou que, dias depois, foi novamente transferida para a Penitenciária Feminina do Carandiru, onde permaneceu por mais de um mês com o filho. A presa requereu liberdade provisória e prisão domiciliar; contudo, foram indeferidas, com base em dois argumentos: 1) já havia outro *habeas corpus* anterior com o objeto idêntico (liberdade provisória) ainda não julgado, portanto seria mera reiteração; 2) quanto ao pedido de prisão domiciliar, não poderia ser apreciado antes da manifestação das instâncias judiciais inferiores. Ou seja, são dois argumentos processuais utilizados sem atacar o mérito da questão.

Procuramos especificamente o *habeas corpus* "original" mencionado na decisão acima (HC 108757, julgado *a posteriori*, em 21/03/2012) e foi constatado que nessa decisão não foi feita nenhuma menção específica à maternidade. O pedido de liberdade provisória foi apenas declarado prejudicado por perda do objeto – ou seja, também não foi apreciado materialmente – diante da condenação definitiva da presa a oito anos de reclusão.

Nesse sentido, oito dos processos identificados no âmbito do STF (66,6% do total) foram negados – cinco deles diretamente pelo Ministro Luiz Fux –, e um restou prejudicado pela absolvição da presa. Todos os pedidos diziam respeito a benefícios no processo penal, e a maioria era de prisão domiciliar (total de seis pedidos principais, que equivaleu a 50% do universo pesquisado); outras três solicitações de liberdade provisória; um pedido de fixação do regime inicial aberto com substituição da pena privativa de liberdade; um de revogação de prisão cautelar; e um de saída para estudo. Este último também foi negado, fazendo-se referência a um benefício de prisão domiciliar concedido anteriormente para que a presa cuidasse do filho com doença psiquiátrica. Para esse entendimento, o fato de estar sujeita à prisão domiciliar para cuidar do filho impediria a presa de sair para estudo, mesmo tendo passado no vestibular (HC 112385, Relatora Min. Rosa Weber, decisão monocrática em 12/03/2012).

A situação também não é muito diferente no STJ, onde foram proferidas apenas cinco decisões sobre o tema pesquisado, nos dez anos analisados. Todas foram emanadas de órgãos colegiados criminais e diziam respeito a pedidos de prisão domiciliar, sendo três negados e dois aceitos.

Em um dos casos julgados procedentes, há uma verdadeira "pérola de atrocidade", proferida pelo magistrado de primeira instância (HC 115.941/PE, public. 03/08/2009). A presa descrevia uma situação de constrangimento ilegal, pois estava reclusa em estabelecimento carcerário destinado ao sexo masculino, impossibilitada de amamentar o filho recém-nascido. Essa circunstância a impediria de prestar o devido auxílio ao lactente, cujo estado de saúde viria se agravando em razão da alimentação imprópria

que lhe era ministrada. Buscava, então, a conversão da prisão provisória em prisão domiciliar, negada pelo juiz de primeiro grau, segundo o qual:

> No entendimento deste juízo, quem cometer um delito na Inglaterra, em princípio, condenado deve cumprir a pena na Inglaterra. Quem praticar delito em Pernambuco fica sujeito ao Sistema Prisional de Pernambuco e toda sua realidade. Esta realidade todo dia é exposta nos jornais, no rádio e televisão. No entendimento deste juiz, não tem cabimento uma pessoa cometer um delito em Pernambuco e pensar que está sujeito ao sistema prisional da Inglaterra. A cadeia pública feminina da cidade de Verdejante, justamente por ser feminina, deve atender na medida da realidade do Sertão Pernambucano, as condições específicas da mulher, tal como a ocorrência de gestação ou de aleitamento materno que podem ocorrer em presas. Esta, no entendimento deste juízo, é uma situação totalmente previsível e esperada em presídios femininos. [...] Segundo o sistema prisional pernambucano real e posto em prática, havendo presa em cadeia feminina a pena não está ainda além da mãe. Diante do exposto, quando este juízo se manifestou anteriormente no sentido de que considerava que o pedido havia perdido o seu objeto, isto quis dizer que a presa já havia sido transferida para um local adequado, destinado a presidiárias.

Essa decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça local, porém o STJ a reformou com os argumentos de que a detenção ocorreria em comarca diversa de onde se encontrava a criança necessitando de amamentação; bem como, diante da fixação do regime inicial semiaberto, seria possível a aplicação analógica do artigo 117 da Lei de Execução Penal (LEP), que disciplina a prisão domiciliar, "em nome da dignidade da pessoa humana[3] e proporcional no caso concreto". A Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura esclareceu que:

> Nos termos do artigo 3º da Lei de Execução Penal, "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou lei". Assim, quanto mais em relação ao preso provisório, deverá ser-lhe assegurado o exercício destes mesmos direitos. No caso, tem a mãe o direito de amamentar e prestar assistência à criança que gerou. Se não há na Comarca de Juazeiro local adequado para que possa estar perto de sua família e amamentar e cuidar do bebê, ainda que estando recolhida em estabelecimento prisional, penso que deve ser-lhe assegurado o direito de permanecer em prisão domiciliar. Ora, trata-se de direito individual fundamental [...] Há, é verdade, o interesse da administração da justiça em que a paciente fique na comarca em que cometido o delito (Trindade/PE),

> como ressaltado pelo juízo de primeiro grau. Todavia, o interesse da administração da justiça também há que ser sopesado em relação ao interesse do menor lactente em ter a assistência da mãe nestes primeiros anos de vida. Por outro lado, com a prolação da sentença, penso que não se verifica mais qualquer razão para que a paciente seja mantida na Comarca em que teria sido cometida a infração criminal. [...] mostrando proporcional e razoável que a paciente fique em regime domiciliar para dar maior assistência a seu filho, especialmente diante da notícia de que a avó da criança, a quem incumbiam os seus cuidados, ficou viúva recentemente.

Dentre os processos julgados improcedentes, podemos observar, exemplificativamente, um caso no qual a ré pedia a prisão domiciliar para cuidar e amamentar o filho menor que é deficiente físico (HC 133287, public. em 03/05/2010). Ela apresentou um laudo médico indicando medidas necessárias à recuperação da criança, como "amamentação contínua para ganhar peso, para possível correção cirúrgica imediata, e cuidados permanentes tipo materno-infantil". Contudo o relator, Ministro Felix Fischer, apontou um ofício do Centro de Ressocialização Feminino de São José do Rio Preto, o qual informava que à presa vinha sendo assegurado "o direito de amamentar seu filho, em local com higiene adequada, restando cumprido, portanto, o artigo 83, § 2º da lei n. 7.210/84". O pedido do benefício foi negado, com base em entendimento de não ser possível conceder liberdade provisória nos crimes hediondos e aos a eles equiparados. Assim, a acusação de tráfico ilícito de entorpecentes implicaria a proibição da liberdade provisória, nos termos do artigo 44 da Lei n. 11.343/06, combinado com o artigo 5º, XLIII, da Carta Magna, o qual impede a concessão de fiança. O Tribunal considerou não ser razoável conceder o benefício para a ré apelar em liberdade, uma vez que ficou presa durante toda a instrução criminal e, com relação à garantia de permanência com o filho durante o período de amamentação (art. 5º, L, da Constituição da República), "não significa que todas as lactantes tenham direito a cumprir pena em domicílio, mas, ao contrário, pressupõe o recolhimento ao estabelecimento prisional público".

2.2 Decisões dos Tribunais de Justiça estaduais

Partimos, então, para a análise nos Tribunais de Justiça, denominados de segunda instância, no intuito de verificar as semelhanças ou as discrepâncias com os Tribunais Superiores. O TJRS, analisado comparativamente com os demais tribunais estaduais, concentrou a maior quantidade de processos cíveis acerca do tema maternidade na prisão, e todas as decisões foram proferidas por órgãos colegiados. Do total de 32 decisões identificadas, treze não eram processos criminais. Havia nove pedidos de manutenção do poder familiar da mãe que se encontrava presa; todos foram negados. De modo geral, fundamentando-se no "abandono, negligência e ausência ao dever de

guarda e cuidado com os filhos. Mãe presa em flagrante por envolvimento no crime de tráfico de entorpecentes. Pai viciado em crack" (Apelação Cível 70045900180); "Crianças vítimas de descaso e negligência. Mãe usuária de crack e atualmente presa por tráfico. Situação de extremo risco e vulnerabilidade" (Apelação Cível 70047165287). Havia mais três pedidos de mudança de guarda, também negados às mães. E um recurso do Ministério Público, deferido, para ouvir o consentimento de uma mãe presa que concordava em encaminhar as filhas para a adoção. Associa-se, desse modo, privação de liberdade e uso de drogas com perda do poder familiar.

Nos dezenove processos criminais localizados, encontram-se dez pedidos de prisão domiciliar, oito de liberdade provisória e um de nulidade do PAD (processo administrativo disciplinar) por fuga e regressão do regime de cumprimento da pena. Ao todo, foram doze decisões contrárias à concessão de benefícios e sete favoráveis.

No processo no qual se discutia a fuga da presa, foi narrado que ela ficou recolhida um ano no regime fechado aguardando sua condenação. Nessa época, seu único filho tinha 1 ano e 2 meses e havia ficado aos cuidados do pai, que, embora tivesse prometido levá-lo para visitação, nunca o fez. Sobreveio sua condenação em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão em regime semiaberto. Aproximadamente quinze dias após a fixação da pena, a presa ficou sabendo que o filho estava muito doente (infecção pulmonar) e, somando a preocupação à saudade, resolveu fugir da Casa Albergue Feminino (CAF) a fim de poder vê-lo. Segundo relato da mãe privada de liberdade, ela só fugiu porque a saudade e a preocupação maternal foram mais fortes do que a razão. Asseverou ainda que, durante o tempo em que esteve foragida, via o filho sempre que possível, manteve-se trabalhando e reorganizando a vida familiar. Após três meses, conseguiu um emprego. Desejava terminar o cumprimento de sua pena para poder retornar ao convívio dos seus o mais rápido possível (Agravo em Execução 70033645359). Contudo, o pedido de nulidade da regressão do regime prisional foi negado, significando que a mulher, que cumpria pena em regime semiaberto, passou para o regime fechado. A Desembargadora Relatora Fabianne Breton Baisch discorreu que:

> As razões expostas pela condenada – de que seu filho ficara doente – não têm o condão de descaracterizar a conduta infracional, enquadrada como falta grave, denotando o desajustamento daquela com o regime que estava a cumprir, revelando a conduta comprometimento sério à execução, frustrando uma das finalidades fundamentais do sistema execucional, identificada como a reinserção social, com o que o Estado, que exerce tal mister, não se pode compadecer.

O segundo tribunal analisado foi o TJPR, que disponibilizou em seu *site* oficial 25 decisões acerca do objeto da pesquisa, sendo três de natureza civil: uma ação de

reparação de danos do filho em face do Estado pelo falecimento de sua mãe presa; e dois recursos em ações de destituição do poder familiar. Nestes, as apelantes eram mulheres privadas de liberdade por tráfico de drogas, que tiveram seus recursos negados sob a alegação de abandono das crianças. Em um desses casos, tanto a mãe quanto o pai recorreram, tentando manter o poder familiar, entretanto as duas apelações foram negadas. Assim descreve o acórdão (Apelação Cível 634147-5):

> Pai em liberdade condicional – Mãe cumprindo pena em regime fechado – Ambos por tráfico de drogas – Infantes residentes com a avó materna – Higiene precária – Abrigamento – Rejeição da menor pelo pai – Laudo técnico desfavorável – Manifestação de vontade da infante em permanecer abrigada ou ser inserida em nova família – Ausência de condições materiais e morais para manutenção do poder familiar – Sentença mantida – Recurso desprovido.

A mãe alegava que em breve teria cumprido sua pena, podendo, então, reconstituir a vida e arcar com a responsabilidade de bem cuidar dos filhos, e, até que se encerrasse a execução penal, a avó materna teria condições de zelar pelo bem-estar dos menores. O genitor afirmou que se encontrava em liberdade condicional, trabalhando na construção civil, com residência fixa, sendo, portanto, apto para a guarda dos filhos. Ambos os pais externaram afeto pelas crianças, bem como o interesse na manutenção do poder familiar, além de afirmarem que os crimes cometidos não se repetiriam, tendo sido lapsos momentâneos. Porém, o parecer da procuradoria, adotado no acórdão, se contrapõe aos pedidos, considerando o "absoluto desinteresse" dos pais "em assumir seus deveres maternais de forma minimamente responsável". Esclarece que as crianças estavam em situação de risco e foram abrigadas porque se encontravam sob os cuidados da avó materna, "pessoa de idade avançada, doente e sem condições de dispensar os devidos cuidados aos infantes". Prossegue:

> Seus genitores (apelantes) sempre estiveram envolvidos com o tráfico de drogas e estavam presos. Registre-se que ambas as crianças nasceram na prisão, sendo que K. permaneceu por três anos na companhia da mãe na penitenciária. Após esse período, a apelante A. saiu da cadeia mas voltou a delinquir, sendo presa novamente. O apelante R., em liberdade condicional, manifestou desejo de cuidar dos filhos, sendo que o caso foi reavaliado pelo Serviço Auxiliar da Infância – SAI – o qual concluiu ser a destituição do poder familiar a solução adequada para o futuro das crianças. Extrai-se do relatório do SAI que "... R. relatou que quase não conviveu com os filhos, ou seja, logo após o nascimento de K. ele foi preso, voltou a vê-la quando ela já estava com mais de 3 anos e 6 meses. Recebeu o benefício de

> liberdade condicional, conviveu 6 meses com a criança e logo foi preso novamente. Com o filho Rb., não conviveu, a criança está com 2 anos e 5 meses, e há três meses visita-o no abrigo uma vez por semana. Desde que as crianças nasceram ele cumpriu pena pelos crimes que cometeu. R. teve chance para cuidar dos filhos em liberdade, mas logo voltou a traficar drogas... Há mais de 10 anos está envolvido com o tráfico... K. continua manifestando que não quer ficar com seus pais...".

Esse triste exemplo de uma família completamente esfacelada, seja pelo tráfico, seja pelo círculo vicioso da reiteração criminosa, foi percebido em vários casos e nos faz refletir sobre diversas políticas públicas ausentes na garantia dos direitos dessas crianças (e de suas mães/pais). É premente a necessidade de implantação de uma rede de ações que garanta efetivamente a inclusão no mercado de trabalho formal, em programas de moradia, saúde e educação de qualidade para essas parcelas extremamente vulneráveis da sociedade. Sem sombra de dúvida, os muros (visíveis e invisíveis) da prisão vão muito além das grades do sistema penitenciário e a suposta (re)inserção social tanto das mães (e pais) quanto das crianças que vivenciaram o cotidiano do cárcere exige a adoção de medidas proativas por parte do Estado e da coletividade, que objetivem materialmente a construção de uma sociedade verdadeiramente justa e solidária.

A conquista desse objetivo fundamental pressupõe, no tocante ao tema pesquisado, um debate sobre a responsabilização das diferentes esferas estatais. Porém, a discussão no âmbito do Judiciário acerca da responsabilidade do Estado pôde ser observada em apenas um único caso: uma ação de indenização em face do estado do Paraná com pedido de alimentos provisórios formulado pelo filho de uma presa, a qual faleceu em estabelecimento prisional após piora do seu estado de saúde. A criança tinha pouco mais de um ano, era portadora do vírus HIV, necessitando de cuidados médicos especiais, e estava sob a guarda da avó materna, a qual não reunia condições financeiras para arcar com todas as despesas.

De acordo com o publicizado na decisão do TJPR (Agravo de Instrumento 340622-4), durante o trâmite do processo-crime, a mulher privada de liberdade tomou ciência de que estava grávida e era portadora do vírus HIV. Após o parto, foi indicada alta hospitalar e a mãe encaminhada à Delegacia de Polícia, que estava em condições totalmente insalubres. Sua advogada requereu a permanência em local adequado, e, após ampla discussão, permitiram que ela permanecesse em um quarto anexo à cozinha do minipresídio. Depois de alguns dias, o sargento responsável pelo cárcere demonstrou resistência em mantê-la em local separado e colocou-a junto com as demais presas. No mês seguinte, diante de uma rebelião ocorrida no presídio, as detentas foram transferidas para outra cadeia pública, onde o estado de saúde da presa agravou-se completamente em razão da tuberculose adquirida. Um ano depois, o gestor administrativo

dessa cadeia encaminhou ao delegado-chefe relatório pormenorizado sobre a situação emergencial da detenta, alegando ainda que o fato gerava revoltas constantes na população carcerária, e só então foi determinada sua remoção para um instituto hospitalar, tardiamente, pois três dias depois ela faleceu, deixando desprotegido seu filho. E assim prossegue:

> a pretensão formulada pelo autor não se refere ao fato de ter contraído a AIDS e sim a tuberculose, em decorrência da negligência dos agentes do Estado no resguardo de sua saúde, colocando-a em local separado, pois tinham conhecimento de que era portadora de doença que baixa a imunidade e do risco de ser contagiada pela doença que acarretou sua morte; o cerne da controvérsia refere-se ao fato de que, por ser a mãe do autor portadora dessa síndrome, a situação exigia maiores cuidados por parte do Estado, que tem o dever de zelar pela integridade física e moral dos detentos, conforme determina o art. 5º, XLIX, da CF; a falecida adquiriu tuberculose durante a sua permanência na cadeia pública, por ter tido contato com outra detenta que estava acometida da doença; [...] a responsabilidade do Estado é objetiva (art. 37, § 6º, da CF) e, no caso, decorre do seu dever de zelar pela integridade física dos detentos; por fim, sustenta que a situação financeira do autor torna imprescindível a prestação de alimentos por parte do Estado como meio de subsistência e manutenção de sua saúde.

Nesse caso especificamente, convém pontuarmos os argumentos do governo do Paraná, que se insurgiu contra a concessão da pensão de um salário mínimo ao filho da presa, para que tenhamos dimensão das teses de escusa da responsabilidade estatal. Alegou, dentre outros argumentos, que: não havia prova inequívoca da culpa da administração na morte da presa, condenada por tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico; não havia prova do nexo de causalidade entre a eventual ação omissiva do Estado e o resultado danoso; a documentação constante no processo revelava que a mãe contraiu AIDS – doença grave e quase sempre incurável – sem qualquer culpa do Estado e que sua morte foi resultante dessa doença, aliada à tuberculose e ao puerpério; não houve omissão, pois quando o estado de saúde da detenta se agravou ela foi conduzida ao hospital. O governo do Paraná acrescentou que "o fato de ela estar em cadeia pública não guarda qualquer relação com a responsabilidade do Estado, na medida em que ela é responsável pela própria segregação por cometer crimes"; e o indeferimento do pedido de prisão domiciliar representa juízo privativo do Poder Judiciário, que não serve para acarretar a responsabilidade civil estatal.

O TJPR, todavia, entendeu que o Estado era responsável pela morte da mãe presa, na medida em que não tomou as providências adequadas, no sentido de lhe

garantir o direito à saúde; portanto, manteve a tutela para o pagamento da pensão ao filho. Sustentou, dentre outros argumentos, a tese de que o dano resultou da omissão específica, ou seja, "a inércia administrativa foi a causa direta e imediata para que não se impedisse o evento, logo, o Estado responde objetivamente".

Os processos criminais no Paraná também envolviam pedidos de concessão ou prorrogação de prisão domiciliar (treze), liberdade provisória (sete) e revogação da prisão preventiva (dois). Os dois pedidos de revogação de prisões preventivas foram aceitos. Tratavam de denúncias por tráfico de drogas, de acusadas primárias, mães de filhos em fase de amamentação, que não eram acusadas principais nos processos, não existindo motivos para a decretação da prisão preventiva (HC 282682-8; HC 709418-2).

Quanto aos pedidos de prisão domiciliar, onze foram negados e dois foram aceitos. Proporcionalmente, foram as decisões de liberdade provisória: cinco indeferidas e somente uma aceita (outra perdeu o objeto diante da absolvição da presa).

No TJSP, das 114 decisões encontradas na busca inicial, somente três atendiam aos critérios de inclusão da pesquisa, ressalvando-se que não foi possível a análise de alguns processos por se tratar de segredo de justiça. Seguindo a metodologia definida para todos os *sites* (pesquisa avançada com o uso do período de 01/01/2002 a 10/11/2012), especificamente no TJSP o resultado foi bastante escasso. Logo, foi necessário incluir também uma pesquisa básica, sem especificar o período, para complementar a planilha com um número maior de decisões, a fim de consolidar de forma mais estável o posicionamento daquele tribunal sobre o tema. Assim, mais sete acórdãos foram incluídos, todos julgados de 22/11/2012 a 25/03/2013, totalizando dez processos.

As decisões foram proferidas por órgãos colegiados do tribunal e apenas uma trata de matéria cível, qual seja, a regulamentação de visitas de filho menor. Neste caso (Agravo de Instrumento 9025883-78.2009.8.26.0000), o filho residia com o pai desde os quatro meses de idade em razão de sua mãe ter sido presa ainda gestante. Depois de cumprida a pena, a mãe passou a exercer o direito de visitas amigavelmente, contudo, após desentendimentos, foi ajuizada pelo genitor medida cautelar de busca e apreensão da criança, com rompimento do contato com a mãe desde então. Conforme exposto pelo Relator Desembargador Luiz Antonio de Godoy, "o direito de visitas pertence não apenas a quem não detém a guarda nem a exerce, mas, igualmente, à prole. Assim, há necessidade de encontrar soluções que resguardem seus interesses e bem-estar". Por isso, foi garantido à mãe o direito de conviver com o filho, determinando-se visitas semanais em local público.

Em oito dos nove processos criminais julgados pelo TJSP, foi requerida prisão domiciliar; todos, de modo geral, com o fundamento de a mãe ter filho recém-nascido em fase de amamentação. Somente em uma situação foi deferida, para permitir o direito da mulher permanecer com o filho. Todos os demais foram negados, ou julgados prejudicados. Os desembargadores utilizam o argumento de "vedação expressa

da concessão do benefício da liberdade provisória em crimes de tráfico de drogas" e a inviabilidade da concessão de prisão domiciliar, bem como a "ausência de prova idônea" de que o filho depende de fato da mãe. O perfil das mães é o mesmo revelado nos outros tribunais: grande maioria primária, com residência fixa e denunciada por tráfico de entorpecentes.

Houve, ainda, um pedido de liberdade provisória, também negado, para uma presa denunciada por tentativa de homicídio qualificado, segundo o órgão julgador, diante da gravidade da conduta (HC 0268333-06.2012.8.26.0000).

Por fim, debruçamo-nos sobre as decisões do TJMT. Apesar da dificuldade inicial de obtenção dos dados em razão das limitações do *site* de busca – como não disponibilizar o *link* das decisões, nem um tutorial de busca ou auxílio a pesquisadores –, esse tribunal foi o que apresentou maior quantidade de decisões atinentes ao objeto do nosso estudo. Foram 38 encontradas, sendo apenas uma no âmbito civil (Agravo de Instrumento 0071987-07.2009.8.11.0000), a qual se referia a um pedido de revogação da decisão de suspensão do poder familiar. O pedido liminar foi aceito, para que a criança retornasse ao convívio com sua genitora, reclusa na Cadeia Pública, em prol do melhor interesse da criança, de modo a garantir-lhe o aleitamento materno, com base no artigo 83, § 2º, da LEP (Lei n. 7.210/84).

No TJMT, percebeu-se um forte debate jurisprudencial acerca da situação das mães com filhos no cárcere, sendo o único estado no qual se identificou uma ação coletiva do Ministério Público, requerendo prisão domiciliar para 47 presas, ou, alternativamente, que as crianças fossem encaminhadas aos familiares e/ou na falta destes para um abrigo para crianças, com deslocamento diário da mãe para o local para a amamentação dos filhos (HC com efeitos coletivos 0074015-74.2011.8.11.0000, julgado em 18/11/2011).

As presas ficam com os filhos menores de 5 anos em celas insalubres, o que configuraria ato ilegal perpetrado pelo secretário de Estado de Cidadania e pelo juiz da 2ª Vara Criminal da capital, de acordo com o relato do Ministério Público local. Ressalta que as crianças não recebem alimentação adequada, não há pediatra no local nem sequer medicamentos infantis, ficam aguardando a visita do médico do presídio sem expediente contínuo, dentre outras várias questões. Informa, ainda, que foi proposta Ação Civil Pública n. 1425-07.2011.811.0063, perante a 1ª Vara da Infância e do Adolescente da capital, buscando garantir o direito líquido e certo da amamentação dos filhos de mães presidiárias, a fim de que seja restabelecido o direito à dignidade da pessoa humana, não inviabilizando a utilização concomitante do *habeas corpus* coletivo. Acrescenta:

> *(As crianças) estão sendo tratadas iguais às suas mães, como presas*, pois vivem em celas, em local insalubre, sem janelas de proteção do frio, chuva, mosquitos, além de dormirem ao lado dos "BOIS" – sanitários dos

> presídios. Sustenta ainda que por não ter proteção acústica, as crianças ficam suscetíveis aos gritos, ferrolhos das portas abrindo e fechando, o que as deixam sempre em sobressaltos e estado de alerta. (Grifo nosso.)

O *habeas corpus* foi distribuído para a Turma de Câmaras Criminais Reunidas, porque um secretário de Estado estava sendo apontado como autoridade coatora, configurando o chamado foro privilegiado. Inicialmente, o Desembargador Relator proferiu voto no sentido de considerar o TJMT incompetente em relação a três presas oriundas da justiça federal; prejudicado o pedido para 26 presas que já haviam conseguido a prisão domiciliar; e iria deferir a prisão domiciliar para as demais. Contudo, outro magistrado (vogal) discordou do encaminhamento anterior, entendendo que o secretário de Estado não era autoridade coatora, pois não poderia decidir acerca de pedidos de prisão domiciliar. Os demais desembargadores votantes acompanharam o entendimento do vogal/revisor, e o relator reviu seu voto, seguindo os demais. Desse modo, foi excluída a autoridade estadual, findo o foro privilegiado e remetido o processo a uma Câmara Criminal para apreciar o pedido. A impetração desse *habeas corpus* não implicou um resultado processual satisfatório de imediato, pois não foi proferida uma decisão de mérito favorável naquela ocasião. Entretanto, na prática, foi uma medida com certo grau de eficácia, pois estimulou a decretação das prisões domiciliares das mães pelos juízes de primeira instância e o debate acerca das condições de permanência com seus filhos no cárcere.

As ações criminais individuais restantes, como nos demais tribunais analisados, discutem a concessão de prisão domiciliar (quinze, sendo nove negadas), liberdade provisória (onze, com dez indeferidas), revogação de prisão preventiva ou relaxamento de prisão (sete, sendo três deferidas e uma que perdeu objeto diante da prolação da sentença e obtenção da prisão domiciliar). Neste último caso, o juiz de primeira instância informou que a presa foi condenada a 5 anos e 6 meses de reclusão e ao pagamento de 500 dias multa pelo delito de tráfico de drogas e, embora não fosse caso de substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direito, concedia prisão domiciliar à sentenciada, "em razão de encontrar-se segregada com filho menor" (HC 0049776-69.2012.8.11.0000).

Destaca-se, exemplificativamente, um pedido de liberdade provisória indeferido a uma presa que respondia pelos crimes de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06) e corrupção de menor (art. 244-B do ECA). Apesar de o tribunal considerar presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, concedeu a prisão domiciliar, em caráter excepcional, para acolhimento das necessidades da filha da ré. Reconheceu a peculiaridade de se tratar de criança de 2 meses nascida prematuramente e enferma, a necessitar, induvidosamente, da assistência e cuidado materno. "Mesmo diante da necessidade da garantia da ordem

pública, ante a gravidade concreta das infrações supostamente praticadas pela paciente", a proteção integral ao direito indisponível e irrenunciável da criança à alimentação e à saúde foi permitida em sede cautelar (HC 0008395-18.2011.8.11.0000).

Nessa situação fática de ponderação de interesses, prevaleceu a garantia dos direitos da criança de ser acompanhada da mãe em face do discurso de repressão jurídica e social. Porém, essa não foi a tônica utilizada em outros pedidos de liberdade provisória, como se constata no HC 0028986-64.2012.8.11.0000. Nesse processo por tráfico de drogas, receptação e porte ilegal de arma de fogo, a presa pleiteava a liberdade provisória ou, subsidiariamente, a prisão domiciliar para que pudesse cuidar do filho de 11 meses de idade, dentre outros motivos. Todavia, o tribunal considerou que, diante dos "fortes indícios de ocorrência dos crimes", deveria permanecer a prisão preventiva.

Outro recurso para reforma da sentença com redução de pena foi julgado improcedente; bem como uma solicitação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também negada, garantindo-se à presa apenas a mudança do regime prisional para semiaberto. Por fim, foi identificado, ainda, o pedido do filho de uma presa para visitá-la na prisão. A criança tinha 10 anos, e o juiz criminal havia negado sua entrada no presídio pelo argumento de que o estabelecimento prisional não ofereceria condições de segurança e higiene adequadas a sua proteção integral. O tribunal reformou essa decisão e privilegiou o direito da presa de conviver com sua família, entendendo que o afastamento do convívio com a genitora se mostra mais prejudicial ao filho do que sua exposição à realidade do ambiente prisional, sendo dever do Estado oferecer as condições de segurança necessárias (Apelação Criminal 0002940-34.2011.8.11.0045).

Considerações finais

De modo geral, nos documentos analisados, observamos certa constância de assuntos e argumentos utilizados diante do incipiente debate a respeito do tema durante o período pesquisado. O baixo número de decisões diretamente correlacionadas ao objeto deste estudo, consideradas proporcionalmente em relação ao número de anos pesquisados, evidencia que o assunto não foi debatido com frequência nos Tribunais Superiores e em alguns Tribunais Locais no decorrer dos dez anos analisados. O resultado sugere a existência de dificuldades de acesso à justiça por parte das mulheres presas e seus filhos, bem como a invisibilidade social da questão.

Dentre os pedidos analisados pelo Judiciário, destaca-se a prisão domiciliar, seguida das solicitações de liberdade provisória. Alguns pontos de tensão são observados ao serem correlacionadas medidas de proteção e garantias da criança com direitos da mulher presa referentes à execução penal. Assim, por exemplo, as características do filho ser nascituro, menor de 7 anos ou portador de deficiência são utilizadas como

argumentos e, em alguns casos, justificam a concessão do pedido de prisão domiciliar, a partir de uma interpretação equitativa, que vai ao encontro dos critérios legalmente previstos.

A prevalência das acusações por tráfico de entorpecentes também é uma variável importante a ser considerada. A aplicação da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06) combinada com a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) implica uma enorme limitação à concessão de benefícios processuais e correlacionados à execução penal. Por exemplo, inviabiliza a concessão de fiança, bem como aumenta o prazo para a progressão do regime prisional e para o livramento condicional.

Com base nos resultados da pesquisa desenvolvida, foi possível perceber que, majoritariamente, a jurisprudência dos tribunais caminhou no sentido de reafirmar o discurso da segurança e manutenção da ordem em face do direito indisponível e irrenunciável da criança à alimentação, à saúde e à convivência com sua mãe. A fundamentação com base nas restrições normativas gerais correlacionadas ao caráter de hediondez associado ao delito prevalece como maior valor ponderado.

Dessa forma, acentua-se o ciclo da violência institucional, pois, quando um pedido de liberdade provisória ou prisão domiciliar para a mãe permanecer com o filho que necessita de seus cuidados é negado em função da natureza da condenação pelo crime de tráfico, apenas se retroalimentam as consequências nefastas do encarceramento para a família. Com relação à questão das drogas, Wacquant observa que o argumento habitualmente invocado de que a inflação carcerária corresponde a uma redução automática da criminalidade ao "neutralizar" os condenados atrás das grades, que assim não oferecem mais perigo, revela-se ilusório, porque, "quando aplicado à delinquência de baixa periculosidade, o encarceramento desmesurado equivale a 'recrutar' novos delinquentes por efeito de substituição" (WACQUANT, 2004, p. 222). Uma vendedora de pequena quantidade de droga detida é imediatamente substituída por outra, contanto que haja uma demanda da mercadoria e expectativa de lucro. E essa substituta estará mais disposta à violência para se firmar e assegurar seu negócio, redundando em mais criminalidade. Ademais:

> a prisão tem a característica de uma bomba social que *aspira-e-expele*: ela devolve à sociedade indivíduos capazes de cometer ainda mais delitos e crimes em virtude do corte sociobiográfico que a reclusão exerce; da carência de programas de "reinserção" durante e após o encarceramento; e da série de restrições, incapacidades e outros prejuízos decorrentes de uma passagem pela polícia. (WACQUANT, 2004, p. 222).

Por estar privada de liberdade, as condições de cumprimento da pena da mulher repercutem em seus filhos, notadamente naqueles de parca idade que permanecem no cárcere, implicando grave violação a direito fundamental, por não serem oferecidas

condições de adequada assistência. Em geral, não é observado o princípio constitucional da intranscendência da pena, segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado, nos exatos termos do artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal brasileira.

Com relação aos poucos processos cíveis encontrados, imperou a lógica da destituição do poder familiar diante da ausência de políticas públicas focalizadas para essa parcela da sociedade. É praticamente inexistente o debate acerca da responsabilização estatal no desenvolvimento físico e emocional das crianças que se encontram recolhidas com suas mães nas prisões e de outros filhos que permanecem privados de sua genitora.

A análise comparativa entre os tribunais evidencia, ainda, que em alguns estados, como Mato Grosso e Rio Grande do Sul, o debate acerca dos direitos das presas e seus filhos vem se intensificando, conquanto ainda seja insuficiente. Entretanto, nos demais estados analisados e nos Tribunais Superiores, a questão da maternidade no cárcere raramente foi abordada, o que contrasta com a ampla ocorrência de violações de direitos humanos vivenciadas pelas mulheres e seus filhos no cárcere. Como inicialmente destacado, a questão abordada envolve um conjunto de direitos individuais e sociais reconhecidos constitucionalmente, também contemplados na legislação ordinária específica e em tratados internacionais, os quais deveriam servir como fundamento e motivação para um maior número de postulações ao Judiciário.

Fechamos este nosso diagnóstico geral a respeito de como foi tratado o assunto pelo Judiciário com uma inquietação: será que a questão dessas mulheres mantidas no cárcere com seus filhos se reduziria, de modo geral, a pedidos de prisão domiciliar, liberdade provisória ou suspensão do poder familiar? Temos, ao menos, uma certeza: estudos e reflexões a respeito são necessários e bem-vindos para que possamos construir uma atuação judicial efetivamente justa e democrática, conforme a Constituição brasileira e as recomendações internacionais da Conferência do Cairo no tocante aos direitos da família, de reprodução e saúde reprodutiva, saúde e pesquisa (ONU, 1994), bem como as Regras de Bangkok sobre o encarceramento feminino (ONU, 2010).

Tornar o tema visível e fomentar seu debate contribuem não apenas para um tratamento equitativo e justo da garantia dos direitos de mulheres e crianças à saúde, maternidade e convivência familiar, mas também permitem repensarmos que modelo social desejamos e quais interesses deverão ser privilegiados na construção de políticas públicas. Por enquanto, medidas de encarceramento têm predominado na jurisprudência dos tribunais brasileiros em detrimento à adoção da perspectiva equitativa exigida pelos direitos humanos. Tal fato no cenário brasileiro representa um descompasso grave de ausência de efetividade do estatuto legal.

Após o término da pesquisa e a submissão deste artigo, algumas decisões judiciais demonstram uma preocupação crescente com o tema, percebida também no

campo das políticas públicas, com a publicação de normas e recomendações federais que marcaram avanços significativos.[4] Em particular, no âmbito jurisprudencial, foi prolatada uma decisão emblemática pela presidência do STF. Conquanto esteja fora do recorte temporal pesquisado, convém comentá-la, inclusive no intuito de fomentar futuras análises empíricas. Trata-se de um *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de uma mulher que se encontrava presa provisoriamente, portadora de cardiopatia grave e em estágio avançado de gestação. A decisão, proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski no período de recesso, foi publicada no dia 2 de fevereiro de 2015 e concedeu de ofício a substituição imediata da prisão preventiva por prisão domiciliar, com fundamento no artigo 318, inciso IV, do CPP. Atento às condições pessoais da acusada e do nascituro, "a quem certamente não se pode estender os efeitos de eventual e futura pena" (art. 5º, XLV, CF), o STF adota explicitamente as Regras Mínimas para Mulheres Presas (Regras de Bangkok), destacando a necessidade de se desenvolver opções de medidas e alternativas à prisão preventiva e à pena especificamente voltadas às mulheres infratoras, dentro do sistema jurídico do Estado membro, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres e suas responsabilidades maternas. (HC 126107/DF.)

Foram consideradas, ainda, a situação de superlotação da penitenciária na qual encontrava-se a gestante, bem como o direito à prioridade no âmbito dos serviços públicos, insculpido na Lei n. 10.048/00.

Encerramos, então, este artigo com ares de esperança, almejando que o retrato jurisprudencial brasileiro desenhado entre os anos de 2002 e 2012 seja modificado, no sentido de garantir a efetividade dos direitos humanos de mães privadas de liberdade e seus filhos.

NOTAS

* Agradecemos a Maria do Carmo Leal, Alexandra Sánchez e Vilma Diuana de Castro, pelas preciosas sugestões no desenvolvimento do trabalho. Ao Ministério da Saúde, Departamento de Assistência e Promoção à Saúde (DAPS) e à Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/Fiocruz) pelo apoio à pesquisa. Igualmente, aos avaliadores anônimos pelas valiosas críticas e sugestões.

1 O direito à amamentação pôde ser observado no trabalho de Pedro Oto Quadros e Rosângela P. Santa Rita, os quais defendem que "o avanço das ciências nas últimas três décadas mostra que o atendimento de crianças até os

três anos de idade com a qualidade técnica requerida é um bom caminho para uma sociedade mais equilibrada e solidária, mais justa, menos violenta" (2008, p. 2). Com base nos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta da criança e do interesse superior da criança, propõem a adoção de medidas efetivas para a garantia da amamentação às crianças com até dois anos de idade.

2 Refere-se às alterações promovidas pela Lei n. 12.403/11, cunhadas como reforma das medidas cautelares.

3 O princípio da dignidade da pessoa humana foi empregado como categoria analítica fundamental no trabalho de Rosângela Peixoto Santa Rita (2006), associado a referenciais normativos utilizados nas ações institucionais na prisão. A autora observa que não há uma correspondência entre o expresso nos instrumentos legais e a realidade vivenciada pela mulher-mãe presa. Destarte, propõe a implementação de políticas públicas específicas, no sentido de minimizar o poder discricionário das gestões penitenciárias.

4 Acerca do tema, foram instituídas a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), pela Portaria Interministerial n. 01, de 02/01/2014; bem como a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, nos termos da Portaria Interministerial n. 210, de 16/01/2014.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMELIN, Bruna Dal Fiume. Filhos do cárcere: estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado. *Revista da Graduação*, v. 3, n. 2, 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/graduacao/article/viewFile/7901/5586>. Acesso em: 20 dez. 2012.

BRASIL. Portaria Interministerial n. 210, de 16 de janeiro de 2014. Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2014.

_____. Portaria Interministerial n. 01, de 02 de janeiro de 2014. Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). *Diário Oficial*, Brasília, DF, 2014.

_____. *Constituição Federal*. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

_____. Ministério da Saúde. *Direitos sexuais e direitos reprodutivos*: uma prioridade do governo. Brasília, 2005. (Série A. Normas e Manuais Técnicos – Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Caderno nº 1).

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Ministério da Justiça. *Mulheres presas – Dados gerais*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B71FD341F-0531-4BAB-A56772586745CB18%7D&Team=&params=itemID=%7B0892E0A1-29D4-4E56-AF95-6B4B6EC869A2%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em: 12 out. 2013.

LEAL, Maria do Carmo et al. *Relatório do projeto de pesquisa Saúde Materno-Infantil nas Prisões do Brasil*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca/Fundação Oswaldo Cruz, 2014.

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos*: análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Bangkok, 2010. Disponível em: <http://carceraria.org.br/ wp-content/uploads/2012/09/Tradu%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3o-oficial-das-Regras-de-Bangkok-em-11-04-2012.pdf>. Acesso em: 12 out. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 12 out. 2013.

QUADROS, Pedro Oto; SANTA RITA, Rosângela Peixoto. *Amamentação: direito da mãe ou da criança?* Um olhar sobre as práticas do encarceramento feminino. Tese relativa ao Bloco Temático 3: Direito à vida, à saúde e a condições dignas de sobrevivência, XXII Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude. Florianópolis, 2008.

SANTA RITA, Rosângela Peixoto. *Mães e crianças atrás das grades*: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. 2006. Dissertação (Mestrado em Política Social) –Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

SANTOS, Raquel Costa de Souza. *Maternidade no cárcere*: reflexões sobre o sistema penitenciário feminino. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2011.
STELLA, Claudia. Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 2, p. 292-306, 2009. Disponível em: <http://www.revispsi.uerj.br/v9n2/artigos/pdf/v9n2a03.pdf>. Acesso em: 3 out. 2015.
VALENTE, Rodolfo de Almeida; CERNEKA, Heidi Ann; BALERA, Fernanda Penteado. *Mães encarceradas*: a delicada relação entre os direitos da criança e a lei. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/ 2011-set-18/maternidade-prisão-delicada-relacão-entre-direitos-crianca-lei>. Acesso em: 20 dez. 2012.
VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; LAROUZÉ, Bernard. Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 31, n. 3, p. 607-619, mar. 2015.
_____. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 3. ed. Brasília: UNFPA, 2009.
WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária à moda francesa. *Dados*, v. 47, n. 2, p. 215-232, 2004.
_____. *Punir os pobres*: a nova geração da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Luciana Simas

Rio de Janeiro – RJ – Brasil
luciana.simas@ig.com.br

Advogada.
Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Doutoranda em Bioética e Saúde Coletiva (PPGBIOS/UFRJ).
Mestre em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

Miriam Ventura

Rio de Janeiro – RJ – Brasil
miriam.ventura@iesc.ufrj.br

Advogada.
Professora adjunta do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva (IESC/UFRJ) e dos Programas de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva (interinstitucional entre UFRJ, FIOCRUZ, UERJ e UFF) e Programa de Saúde Coletiva (IESC/UFRJ).
Doutora em Saúde Pública.

Michelly Ribeiro Baptista

Rio de Janeiro – RJ – Brasil
michellyribeirobaptista@gmail.com

Advogada.
Assistente de pesquisa do projeto Nascer no Brasil (ENSP/Fiocruz).

Bernard Larouzé

Rio de Janeiro – RJ – Brasil
bernard.larouze@inserm.fr

Médico, Diretor de Pesquisa Emérito, Sorbonne Université, UPMC Univ. Paris 06, INSERM, IPLESP UMRS 1136, Equipe de Recherche en Epidémiologie Sociale, F75012, Paris, França.
Pesquisador visitante da Escola Nacional de Saúde Pública/Fiocruz.

RECEBIDO EM 03.11.2015 | APROVADO PELA EDITORA-CHEFE EM 13.11.2015

ENSAIO

PESQUISAS EM CADEIA

Debora Diniz

RESEARCH EXPERIENCES IN PRISON

RESUMO

Este ensaio é um relato de experiências de pesquisas em cadeia. Cadeia é metonímia para o arquipélago punitivo – manicômios judiciários, prisões e unidades socioeducativas. Ao final, provoco as formas de escritura e vidência sobre cadeias e bandidos. Arrisco dizer que as pesquisas sobre cadeia são masculinas na escrita e na vidência.

PALAVRAS-CHAVE

Cadeia; prisão; manicômio judiciário; unidade socioeducativa; pesquisa empírica em Direito.

ABSTRACT

This paper is a personal account of my research experiences in Brazilian prisons. Prison is a figure of speech, which represents a punitive archipelago – forensic hospitals, jails, and youth detention centers. At the end, I provoke a debate over forms of seeing prisons and persons and writing about them. I dare say the studies about prison are male gendered based.

KEYWORDS

Jail; prison; forensic hospital; youth detention center; Law empirical research.

Pesquisas em cadeia[1]

Este ensaio é uma memória pessoal das pesquisas em cadeia que desenvolvi na última década no Brasil: foram estudos em manicômios judiciários, presídios e unidades socioeducativas. Entre espaços institucionais, métodos e resultados de pesquisa, compartilho minhas inquietações como pesquisadora. Comecei a pesquisa em cadeia com um filme, o revés do que aconselharia qualquer livro de metodologia (*A casa dos mortos*, 2008). Um filme é o fim de uma pesquisa, pois o roteiro pede conhecimento denso e íntimo. Nada disso eu tinha, só o olhar frouxo de quem desconhece tudo. Ainda assim, me permiti viajar e visitar

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201525

os manicômios judiciários do país e, na busca de um roteiro, camadas de dificuldade amplificadas pelos regimes de segredo, proteção e proibição martelavam meu juízo. Fiz o primeiro circuito nacional: encontrei calabouços, gente nua, grade aberta, comida pelo chão; multidão e esquecidos em presídios. Ouvi histórias e cantorias, anotei relatos de campo com os olhos mais abertos que as orelhas: o escondido seria contado por imagens. A passagem do vivido à narrativa pedia sensibilidade sobre a audiência, uma prática que deve acompanhar qualquer pesquisadora de cadeia.

A Casa dos Mortos

Cheguei ao único manicômio judiciário de Salvador, com uma população de 158 habitantes, em 2008. Antes de mim, promotores de justiça haviam decretado um termo de ajustamento de conduta – o documento liberou metade do povo e processou a equipe de saúde. O diretor me acolheu com o alento de quem via a arte chegar depois do furacão da polícia: nada de pior poderia ser contado sobre aquele lugar se comparado ao denunciado pelas manchetes de jornais. Não me travesti de psiquiatra, fiz questão de me apresentar como contadora de histórias, o jaleco branco era só para arrumar roupa conhecida enquanto caminhava sem agentes de segurança. Esse foi o acordo: sozinha por onde quisesse, mas com jaleco. Em uma das cenas do filme, exibo o escondido de método – ali estou, com o jaleco branco, entre grupo em cantoria (DINIZ, 2013a).



CASA DOS MORTOS. DEBORA DINIZ, 2008.

Assumi alguns cuidados éticos como reguladores do filme: não exibiria falta de roupa ou situações humilhantes; os personagens teriam que consentir antes, durante e ao final da montagem do filme; não haveria remuneração pela participação; a narrativa seria documental; a equipe de filmagem seria só eu e os assistentes de câmera e de som (DINIZ, 2014). Além dessas regras próprias, respondi a diversas camadas criativas de burocracia para entrada nos manicômios: comitês de ética e autorizações diretoras, familiares ou médicas. Desacredito de filmes sobre o povo de cadeia sem exibir rostos e biografias, vozes e jeitos: a estética do encobrimento é também a do medo – pode até ser que se justifique pelo risco de estigma, mas não aproxima a audiência de quem é descrito como perigoso, louco ou bandido.

Iniciei a pesquisa no manicômio judiciário de Salvador com a figura do ladrão de bicicleta, personagem encontrado em todos os hospitais-presídios que visitei. Com Almerindo, a profecia se realizava. Mas o filme não poderia ser apenas sobre o bom selvagem, seria muita tranquilidade para uma audiência certa de que ali estão os loucos bandidos em surto. Passei meses vasculhando os arquivos do hospital, e assim conheci os 158 habitantes – primeiro, pelos dossiês (esse monturo de papéis produzido pela engrenagem policial, penal e tutelar), para depois me apresentar a eles. Fui de ala em ala, conversei com as lideranças, negociei presença: o termo de consentimento para a pesquisa e o de cessão de imagens para o filme foi acordado com cada habitante e com o diretor do hospital, e uns poucos recusaram participação; desses, o filme não mostra rosto, e os dossiês foram esquecidos. Passei a perambular pelo hospital; sozinha e sem câmera, respondia curiosidades, apresentava-me a cada dia vestindo o jaleco branco e anunciando a chegada da câmera, que apareceu em dia festivo: uma competição de futebol entre hospícios da cidade. Essa é a abertura do filme; genuinamente, o primeiro instante de aproximação da câmera. Os meses seguintes foram de gravações, totalizando mais de 50 horas de filmagens. Com o filme pronto, voltei ao manicômio judiciário; os habitantes foram os primeiros a assistir e concordar com a história contada.

Do filme, voltei para a ciência dos números. As visitas me mostraram que sabíamos pouco sobre quem e quantos eram aqueles habitantes, desde quando e por que estavam nos manicômios judiciários. Coordenei o censo da população de hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTPs) e alas de tratamento psiquiátrico em presídios (ATPs), pois sequer se conhecia o número de instituições no país (DINIZ, 2013b). Em 12 meses, visitamos 26 instituições, abrimos os documentos de cada indivíduo internado: a pesquisa foi feita nos dossiês produzidos pelas unidades como arquivos da loucura bandida (FARGE, 2009). O instrumento de coleta foi digital; a equipe de campo era de jovens pesquisadoras de pós-graduação e perseguia perguntas claras: há causalidade entre diagnóstico psiquiátrico e crime? Qual é o perfil da população? Há quanto

tempo vivem em clausura? Como a engrenagem de direitos se movimenta? Essas perguntas se transformavam em questões do instrumento e respondiam a hipóteses de pesquisa. Encontramos 3.989 indivíduos, sendo 1.033 provisórios e 2.956 em medida de segurança; 3.684 eram homens, e 291 mulheres: quase todos pretos ou pardos, com pouca escola, nenhum trabalho, sozinhos ou solteiros (DINIZ, 2013b). O escandaloso é que pelo menos um em cada quatro indivíduos não deveria estar mais por ali (por laudo vencido, cessação de periculosidade, sem sentença ou com extinção da medida de segurança); para 55 deles, o Estado não sabe por que mantê-los em tratamento compulsório, pois têm medida de segurança extinta. E a surpresa que agonia: 18 deles estavam presos havia mais de 30 anos. Entre o grupo dos esquecidos, estava Zefinha, que vive há 38 anos em Alagoas.

Zefinha

Foi assim que voltamos ao manicômio judiciário de Alagoas para contar a história de Zefinha, a mulher há mais tempo abandonada no país: no grupo dos 18 esquecidos, Zefinha é a única mulher (DINIZ, 2015d; DINIZ; BRITO, 2016). Após novas autorizações, o *corpus* de pesquisa foi o dossiê do hospital; processo judicial e fotografias da sobrevivência em uma minúscula cela se juntaram para entender o passado e o presente de abandono. Se o filme tinha me dado experiência sobre como escavar vivências em um manicômio, a inquietação metodológica era nova: não seria mais arte de filme ou número sem nome, mas uma história de *acontecimento único*. Zefinha é só ela, não nomeá-la seria transformá-la em outra ou qualquer, como se uma nova camada de silenciamento lhe fosse imposta – primeiro, pelo dobramento ubuesco penal-tutelar (FOUCAULT, 2010); depois, por nós, as escritoras que escavaram uma lenda desaparecida (DINIZ, 2015d; DINIZ; BRITO, 2016). Zefinha não é um estudo de caso, daqueles com propriedades heurísticas para falar das 291 mulheres na multidão dos loucos bandidos. Velha, com esquizofrenia e acusada de lesão corporal, é só ela. E nenhuma outra com mais de década vivendo em manicômio judiciário.



ELA, ZEFINHA. DEBORA DINIZ, 2014.

Zefinha é pesquisa de acontecimento único, e por duas razões falo em acontecimento.[2] A primeira é por ser Zefinha um acontecimento arqueológico – sua história nos mostra como se deu a metamorfose da louca bandida na velha abandonada, ou seja, desnuda as condições de possibilidade da existência do manicômio judiciário em uma época tutelar da loucura. Zefinha é ainda infame, aquela cuja existência imortalizou-se pelo cruzamento com o poder e da qual só sabemos fragmentos de notícias (FOUCAULT, 2012). Zefinha é ela só, sem parentes ou aderentes no fora; até recentemente, nem documentos tinha: a personagem obscura da vida dos homens infames. Uma desaparecida, indocumentada, sem luto pela ausência, cuja aproximação com a história nos provoca o ardor da infâmia, como disse Michel Foucault (2012).

A segunda razão é pelo escândalo da singularidade de Zefinha. Encontrá-la é repetir a pergunta de Primo Levi (1988) sobre os sobreviventes de campos de concentração (aqui não recorro a uma *reductio ad Hitlerum*): "É isto uma mulher?" Nomear Zefinha é reconhecê-la, aparecê-la para a cena da inteligibilidade dos direitos, mas como fazer isso se a mulher não mais relata a si mesma? (BUTLER, 2015): oferecendo o testemunho de um rosto e um passado, mas em uma história de nosso tempo – "podemos, então perguntar-nos se vale mesmo a pena, se convém que de tal situação humana reste alguma memória. A essa pergunta, tenho a convicção de poder responder que sim. Estamos convencidos de que nenhuma experiência humana é vazia de conteúdo, de que todas merecem ser analisadas; de que se podem extrair valores fundamentais (ainda que nem sempre positivos) desse mundo particular que estamos escrevendo" (LEVI, 1988, p. 88). Como Levi, estou convencida que sim – Zefinha grita os sem sentidos da cadeia, da apartação da loucura, e as consequências da vida fora do bando (AGAMBEN, 2007). Há novidade e regularidade na escavação do acontecimento arqueológico.

Como uma mulher infame, cuja história é obscura, os murmúrios sobre Zefinha a tornam uma personagem lendária; "o lendário, seja qual for seu núcleo de realidade, finalmente não é nada além do que a soma do que se diz. Ele é indiferente à existência ou inexistência daquele de quem ele transmite a glória" (FOUCAULT, 2012, p. 208). O que sabemos de Zefinha é o que dela foi arquivado pela escrita disciplinar – e, em quase 40 anos de internação, foram 90 páginas de dossiê e 108 páginas de processo judicial. É tudo que sabemos, pois a lenda "[...] é, por sua natureza, sem tradição; rupturas, apagamento, esquecimento, cancelamentos, reaparições, é apenas através disso que ela pode nos chegar" (FOUCAULT, 2003, p. 209). Por isso, Zefinha saiu dos números e foi apresentada com nome e lenda própria, com rosto e reclame de inteligibilidade aos direitos – é a mulher mais antiga supervivente às relações de poder e força sobre a loucura criminosa.

Cadeia de mulheres

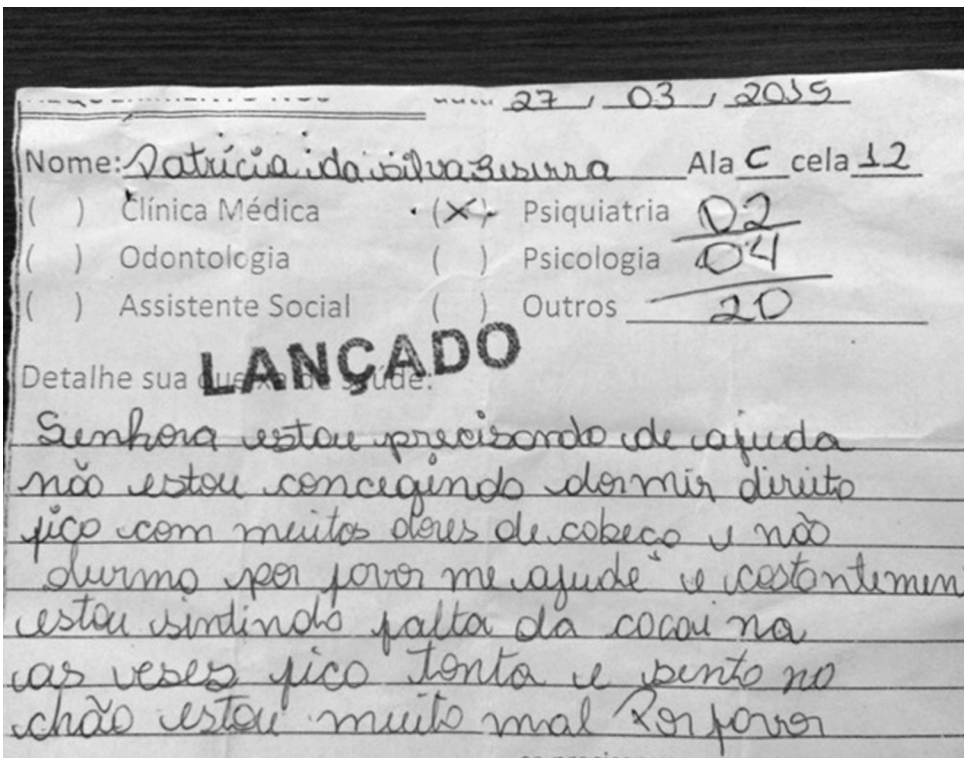
Cheguei à cadeia feminina da capital do país com os modos tradicionais de cientista social: prancheta, questionários, hipóteses e autorizações. O pedido era ousado, mover o presídio para que todas as mulheres em regime fechado de prisão fossem entrevistadas. Assim foi feito, os jeitos foram meio tortos, mas os disponíveis para retratar a massa: as mulheres saíam das celas, arrumavam-se em blocos de 10 ou 20 na capela e, sempre na presença de agentes de segurança, respondiam aos questionários. As perguntas eram definidas previamente por nós, não havia isso de escutar e rever o que poderia ser conhecido: queríamos ciência para o que se escondia nas dificuldades de pesquisa em presídio. O questionário não pedia privacidade, as perguntas eram anunciadas e respondidas, preenchidas pela pesquisadora, que segurava a prancheta e a caneta. É desse método de pesquisa que anunciamos: uma em cada quatro mulheres presas em regime fechado passou por unidades socioeducativas de internação na adolescência. Elas são jovens, pretas e pardas, de pouca escola e trabalho informal, com filhos no fora ou por ali (DINIZ; PAIVA, 2014). Estão presas pelo comércio ilegal de drogas ou, como contou uma delas, "por vender maconha com pamonha" (DINIZ, 2015a).

Pelos manuais de pesquisa, o feito recebe nome importante – censo das mulheres em regime fechado quanto a perfil, benefícios sociais, trabalhos e escolas. Sistematizamos o que já se sabia de outros estudos localizados ou, talvez, sem tão grande magnitude quanto a de um censo. O dado é poderoso, mas estranho jeito de fazer acadêmico pela distância da realidade da vida em prisão. Chegamos ali com os trejeitos típicos de pesquisadoras iluminadas, "Você é livre para participar", anunciávamos. Não importa o que fôssemos fazer, sem vínculo com as mulheres, o anúncio da liberdade como possibilidade teria única resposta, "Não". Poder escolher em presídio é resistir às ordens, até porque elas são soberanas quando ditadas pelo colete preto da vigilância. Saímos à procura de outra forma de aproximar os sentidos da pesquisa – o anúncio da liberdade de escolha era convite à recusa, e nossas aparências de mulheres distantes da realidade da cadeia eram território estrangeiro, ao que a epistemologia da "vista do ponto" melhor explicava que a do "ponto de vista" (HARAWAY, 1995). Como benefício compartilhado pela pesquisa, os questionários moviam agenda de demandas e necessidades; montamos plantão de socorro para as visitadoras ou presas. Ao final, só duas mulheres se recusaram a responder ao questionário.

Depois de muito perguntar, ouvir respostas a perguntas pré-determinadas, resolvi retornar à cadeia de outro jeito: sentei-me no Núcleo de Saúde do presídio durante seis meses, de onde só tomei notas do vivido e ouvido entre presas e jaleco branco (DINIZ, 2015a). Cadeia é espaço organizado pelas cores do poder: preto é cor de vigilância; branco, de visitadora de quinta-feira; laranja, de presa. Cheguei a pensar em uma quarta cor para acomodar-me no Núcleo de Saúde – diferente do manicômio judiciário,

nem cogitei o branco como passe livre para escuta; queria gritar escuta diferente, por isso vesti preto, a cor da vigilância. Uma presa não me confundia com a carcereira, faltava-me não só a imponência do corpo, mas o brasão da segurança e a voz de mando. Do pouco que falei, foi só para me apresentar e arranhar pedido de consentimento, mas, com o tempo, até isso foi feito pelo jaleco branco em meu lugar.

No Núcleo de Saúde escutei necessidades e precisões, tomei nota do vivido no instante do dito e negociado, pois, como disse, nunca fiz pergunta a presa. Não me descrevo como invisível naquele apertado conjunto de salas, mas como desimportante. Os minutos de acolhimento pelo jaleco branco são preciosos para serem gastos com escutadeira que se anuncia como pesquisadora. Uma presa teve que atravessar barreiras de poder para ser ouvida pelo jaleco branco: um catatau – pequeno bilhete do tamanho de um telegrama, a escrita típica de presídio – sai da cela, é recolhido no pátio por colete preto, para ser selecionado por curadora do Núcleo de Saúde, antes de chegar à mesa de jaleco branco do atendimento. Foi do assento da escuta que ouvi as histórias no miúdo e na multidão: por ali passaram as loucas, as suicidas, as mães e as grávidas, as indígenas ou muito jovens, as crackeiras e as bicudas.


27 / 03 / 2015

Nome: Patrícia da Silva Barros Ala C cela 12

( ) Clínica Médica (X) Psiquiatria 02

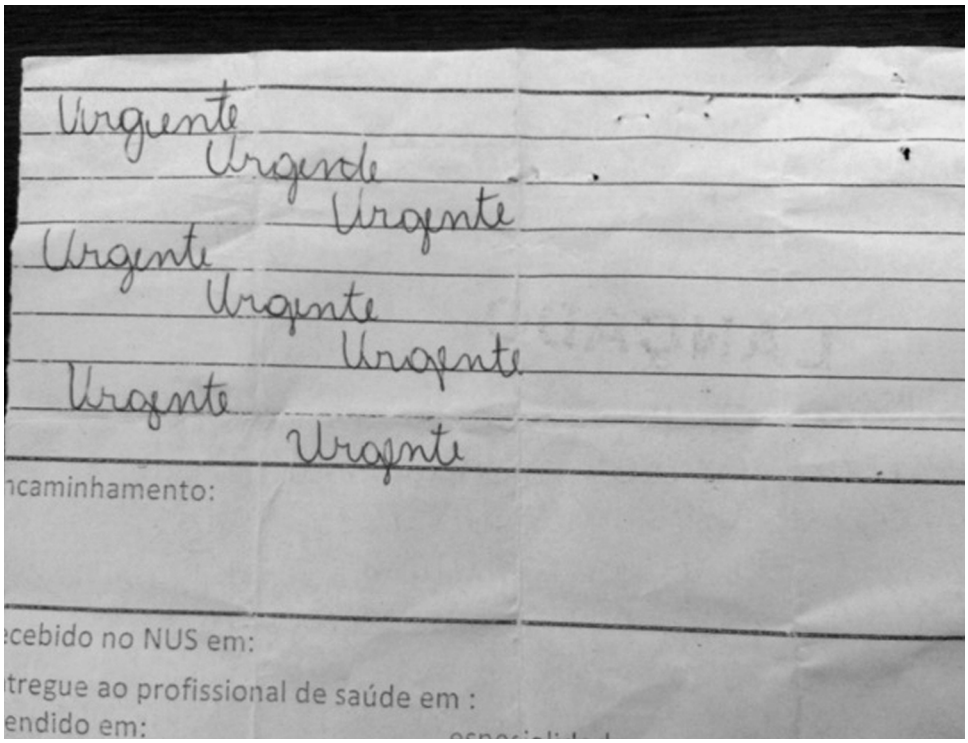
( ) Odontologia ( ) Psicologia 04

( ) Assistente Social ( ) Outros 20

LANÇADO

Detalhe sua queixa de saúde:

Senhora estou precisando de ajuda não estou conseguindo dormir direito fico com muitos dores de cabeça e não durmo por favor me ajude e constantemente estou sintindo falta da cocaina as vezes fico tonta e vento no chão estou muito mal Por favor



CATATAU. DEBORA DINIZ, 2013.

No livro *Cadeia: relatos sobre mulheres*, conto a história de 50 encontros (DINIZ, 2015a). Não pude voltar ao presídio para ler as narrativas, como fiz no filme *A casa dos mortos*.[3] Sem ter as presas como leitoras, resolvi fazer retorno noutro lugar: na cadeia de papel, o reformatório compulsório que acomodou uma em cada quatro mulheres para o futuro na prisão. Há quase um ano, frequento a unidade socioeducativa de internação da capital do país. Por ali, ouço histórias, observo a vida, durmo na jega, tiro fotos e troco cartas. Faço o que se apresenta nos manuais como etnografia, mas prefiro descrever o método por palavreado conhecido na casa: "puxo um plantão".

Cadeia de Papel

Um plantão é de 24 horas a cada três dias: esse é meu ritmo na cadeia de papel. O nome não foi inventado por mim, mas é palavra conhecida como ironia própria pelas meninas que ali vivem – nem tanto uma cadeia, mas já um projeto de prisão. Como puxadora de plantão, ainda não tinha aprendido tudo que devia na cadeia quando ali cheguei, ainda com os modos de manual de pesquisa, só sem prancheta ou gravador.

Novamente vesti preto e, com voz de quem já tem geração de avó de quem ali habita, anunciei ser pesquisadora e escritora. Me ouviram admiradas – como eu não seria uma pastora ou oficineira? O tema de deus ou da arte foi logo esquecido, mas as meninas reclamaram escritos que atestassem o título de escritora. Montei pasta variada de escritos estranhos – aborto ou racismo eram alguns dos temas – e a distribuí nas celas. As meninas queriam me conhecer antes que eu lhes fizesse perguntas: foi assim que falamos primeiro sobre quem eu era, o que penso e escrevo, para devagar minhas vontades de pesquisadora serem aceitas (DINIZ, 2015b). O encontro foi traduzido novamente por elas, "vamos pegar sentimento, d. Debora".



CADEIA DE PAPEL. DEBORA DINIZ, 2015.

Foi preciso o tempo de manicômio e de presídio feminino para entender o quanto a escrita é sobrevivência para a vida em cadeia (ARTIÈRES, 2014; GOMÉZ; BLAS, 2005). Na cadeia de papel, os escritos estão por todos os lados – na parede das celas das provisórias, nos bilhetes da escola, nas cartas que passamos a trocar. Como puxadora de plantão, sigo o ritmo da vida regrada

pelos conferes e revistas, pela escola, pelo banho de sol, pelo corre da faxina, pelo recolher noturno, mas, principalmente, pela escrita e leitura de cartas. São já centenas delas: começamos pela literatura, deslizamos para o passado e pelos segredos, e o assunto não termina enquanto a sentença de liberdade não é decretada. As cartas são letras da solidão, mas integram uma ordem disciplinar da escrita como forma de arrependimento: cadeias são instituições cuja memória e permanência se dá pela escrita disciplinar e normalizadora (FOUCAULT, 2010).

Se no Núcleo de Saúde do presídio feminino minha permanência foi ao lado do jaleco branco, na cadeia de papel, faço sombra às Donagentes. Ali também o poder organiza as cores, mas a proximidade com o preto bagunçou meu binarismo tolo de antes da chegada. Nem só de preto repressor sobrevive uma menina, a vigilância é recheada de cuidados. No território das celas, não entram técnicos nem familiares, só as agentes de preto. Dra. Juíza é visitante de semestre, dra. Promotora ou dra. Defensora nunca as vi por ali. Pastoras oram aos domingos, mães chegam ao pátio aos sábados. De resto, a semana só é visitada por Donagentes e, a cada três dias, por mim, uma puxadora de plantão encantada com o recém-descoberto mundo da cadeia de papel.



BARRACOS DE MENINAS. DEBORA DINIZ, 2015.

Escritas e Vidências

É da incerteza do presente que gostaria de encerrar este ensaio – não sei o que escreverei sobre os meses de puxadora de plantão na cadeia de papel. Por ora, prefiro pensar sobre os meios e jeitos com que escrevemos como pesquisadoras de cadeia. Há raiva e ressentimento pelo visto e vivido; a denúncia do escândalo de Zefinha exige pressa; o suicídio de Janete Maria no presídio reclama luto no fora. Somos autoras abusadas, e com razão; feministas cansadas do justo distante e militantes inquietas pelo equívoco do modelo punitivo. É verdade, o diagnóstico me parece correto; minha dúvida é sobre nossos modos para falar sobre isso tudo.

Há gênero nas pesquisas em cadeia, e mais do que um estilo literário: a corporificação da autoria agenda o campo. Gênero não é apenas a sexagem de nossos corpos e o dobramento com as formas de vivermos a sexualidade. É mais: gênero é um regime político de governo da vida pelo patriarcado (DINIZ, 2015c). Poderia ter contado minhas histórias de pesquisa pela sexagem das personagens – os loucos do manicômio, Zefinha, as presas ou as meninas bandidas. Essa é uma das formas de olhar gêneros nas pesquisas de cadeia. Eu ensaiei outra via: a da escritura e a da vidência. A escrita sobre crime, bandidagem e cadeia é masculina, está imersa no patriarcado e reproduz a linguagem hegemônica do gênero. A pesquisa e a escrita sobre cadeia são de homens e sobre homens.

Há duas formas de provocar minha tese da masculinidade do campo e suas formas de escritura e vidência. A primeira é covarde de tão simples. O campo do direito penal, da sociologia da punição e, mesmo, da criminologia é dominado por autores homens. As cadeias estão abarrotadas de homens presos. Crime, castigo e autoria são questões masculinas. Mas é a segunda versão da tese a que mais me interessa – a hegemonia dos homens impôs uma forma de falar sobre cadeia: a linguagem é a do sangue, da denúncia e do escândalo. Essas são estratégias impactantes, é verdade, mas receio pela potência de mobilização. Prefiro arriscar outros caminhos, quem sabe, o do *encantamento* – não falo poesia, não reclamo isso de linguagem poética sobre o horror da cadeia. Peço o encantamento de quem faz desaparecer o medo para dar lugar ao reconhecimento: escritura e vidência importam para tornar visível o escondido ou desaparecido.

Modos de falar

- Banho de sol: tempo de convívio fora da cela.
- Cadeia de papel: unidade socioeducativa de internação.
- Catatau: bilhete.
- Colete preto: carcereiro.
- Confere: procedimento da vigilância.
- Corre: trabalhos cotidianos.
- Donagente: agente de vigilância em unidade socioeducativa.
- Jaleco branco: profissional de saúde.
- Jega: cama de cadeia.
- Manicômio judiciário: hospitais de

custódia e tratamento psiquiátrico.
- Massa: multidão de presas.
- Revista: procedimento da vigilância de checagem do corpo.

NOTAS

1 Uma versão deste ensaio foi discutida no I Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão, promovido pela Fundação Getulio Vargas em São Paulo, em outubro de 2015.

2 Foucault se move por, pelo menos, quatro sentidos para acontecimento: novidade, regularidade, relações de força e método do trabalho histórico. Aqui me debruço na ideia do método da pesquisa histórica: escavação e novidade.

3 Depois da publicação do livro, fui proibida de retornar ao presídio. Mesmo com autorizações judiciais, a alegação da direção do presídio é escassez de escolta para me garantir a segurança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A CASA DOS MORTOS. Direção: Debora Diniz. Brasília: Imagens Livres, 2008. 1 DVD (23 min).

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer* – o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ARTIERES, Philippe. *Le livre des vies coupables*: autobiographies de criminels. Paris: Albin Michel, 2014.

BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo*: crítica da violência ética. Tradução: Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

DINIZ, Debora. A Casa dos Mortos: do poema ao filme. *Revista TRAMA Interdisciplinar*, v. 4, p. 21-35, 2013a.

_____. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*: censo 2011. Brasília: LetrasLivres e EdUnB, 2013b.

_____. *Cadeia*: relatos sobre mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015a.

_____. Cadeia de papel: escrevo, por quê e para quem? *Revista Liberdades*, IBCCRIM, São Paulo, v. 19, p. 104-109, 2015b.

_____. Feminismo: modos de ver e mover-se. In: *O que é feminismo?* Cadernos de Ciências Sociais. Lisboa: Escolar, 2015c.

_____. The House of the Dead: the ethics and aesthetics of documentary. In: Macneill, Paul (Org.). *Ethics and the Arts*. The Netherlands: Springer, 2014. p. 79-87.

_____. Zefinha – o nome do abandono. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 20, p. 2667-2674, 2015d.

DINIZ, Debora; BRITO, Luciana. "Eu não sou presa do juízo, não" — Zefinha, a louca perigosa mais antiga do Brasil. *História, Ciências, Saúde*. 2016. No prelo.

DINIZ, Debora; PAIVA, Juliana. Mulheres e prisão no Distrito Federal: itinerário carcerário e precariedade da vida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 111, p. 313-328, 2014.

FARGE, Arlette. *O sabor do arquivo*. Tradução: Fátima Murad. São Paulo: EdUSP, 2009.

FOUCAULT, Michel. A vida dos homens infames. In: _____. *Estratégia, poder-saber*: ditos e escritos IV. Organização e seleção de textos de Manoel Barros da Motta. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 203-222.

_____. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2010.
GOMÉZ, Antonio Castillo; Blas, Verónica Sierra (Ed.). *Letras bajo sospecha*: escritura y lectura en centros de internamiento. Gijón: Trea, 2005.
HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*, n. 5, p. 7-41, 1995.
LEVI, Primo. *É isto um homem?* Tradução de Luigi del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

Debora Diniz

Doutora em Antropologia.
Professora da Universidade de Brasília.
Pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética.

Brasília – DF – Brasil
d.diniz@anis.org.br

Outros temas

RECEBIDO EM 07.01.2014 | APROVADO EM 19.10.2015

ENTRE UM SISTEMA ELEITORAL DISPERSIVO E UM REGRAMENTO PARLAMENTAR CONCENTRADOR: O COMPORTAMENTO DOS DEPUTADOS FEDERAIS

Júlio Roberto de Souza Pinto

BETWEEN A DISPERSING ELECTORAL SYSTEM AND CENTRALIZING PARLIAMENTARY RULES: THE BEHAVIOR OF BRAZILIAN FEDERAL REPRESENTATIVES

RESUMO

Este trabalho procura combinar uma explicação da ação dos deputados federais da 53ª Legislatura (2007-2011), a partir de elementos estruturais, sobretudo as constrições e as potencialidades objetivas inscritas nas estruturas partidárias, com uma compreensão das representações que esses parlamentares fazem da própria conduta. No curso desse processo, busca explicar/compreender a influência da combinação presidencialismo/ representação proporcional com lista aberta, de um lado, e da combinação de poder de agenda do presidente da República/ centralização dos trabalhos da Câmara dos Deputados nas mãos dos líderes partidários, de outro, sobre o comportamento parlamentar, assim como as ações dos deputados tendentes a reproduzir ou transformar esse estado de coisas. Conclui que as regras políticas vigentes no Brasil têm concorrido para a formação de uma multiplicidade de partidos políticos fracos, com pouca capilaridade social, identidade ideológico-programática e coesão, consistindo de políticos individualistas, particularistas, personalistas e apartidários, bem como de lideranças parlamentares que não conseguem influenciar, de modo decisivo, o comportamento das respectivas bancadas. Em compensação, o governo tem ocupado todos os vazios de poder que os partidos e as lideranças partidárias

ABSTRACT

This study seeks to combine an explanation of the actions of the members of the Brazilian Chamber of Deputies during the 2007-2011 legislative term, taking into account structural elements, particularly the objective constrictions and potentialities underlying the party structures, with an interpretative understanding of the representations the deputies make of their own conduct. In the course of this process, it seeks to explain/understand the influence that the combination presidential system/open-list proportional representation, on the one hand, and the combination president's control of the political agenda/Chamber of Deputies' centralized structure, on the other hand, exert on parliamentary behavior, as well as the actions of the deputies intended to reproduce or transform this state of affairs. It concludes that the existing political rules in Brazil have contributed to the formation of a multiplicity of weak political parties, with little social capillarity, ideological-programmatic identity and cohesion, consisting of individualistic, particularistic, personalistic, and non-partisan politicians, as well as of parliamentary leaders who cannot influence, decisively, the behavior of their own benches. In return, the executive branch of the government has occupied all the gaps of power that parties and party leaders have been unable to fill

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201526

NÃO TÊM SIDO CAPAZES DE PREENCHER NAS ESTRUTURAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. VALENDO-SE DOS PODEROSOS RECURSOS POSTOS A SUA DISPOSIÇÃO, O GOVERNO TEM DEFINIDO A CONFIGURAÇÃO DO TABULEIRO POLÍTICO DA CÂMARA, NÃO SOMENTE COOPTANDO DEPUTADOS DA OPOSIÇÃO, MAS TAMBÉM DETERMINANDO A ESCOLHA E A MANUTENÇÃO DOS LÍDERES DAS BANCADAS PARTIDÁRIAS QUE INTEGRAM SUA BASE DE SUSTENTAÇÃO. A ANÁLISE COMPARADA DAS ÚLTIMAS TENTATIVAS DE REFORMA DO SISTEMA ELEITORAL-PARTIDÁRIO, DE UMA BANDA, E DE LIMITAÇÃO DOS PODERES DE AGENDA DO PRESIDENTE, DE OUTRA, DEIXA CLARO QUE O GOVERNO É A GRANDE FORÇA MOBILIZADORA DAS ESTRUTURAS EXISTENTES NA CÂMARA DOS DEPUTADOS.

PALAVRAS-CHAVE
AÇÃO PARLAMENTAR; ESTRUTURA PARTIDÁRIA; REFORMA POLÍTICA; LIMITAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

IN THE STRUCTURES OF THE CHAMBER OF DEPUTIES. TAKING THE ADVANTAGE OF POWERFUL RESOURCES PUT AT ITS DISPOSAL, THE EXECUTIVE BRANCH OF THE GOVERNMENT HAS DEFINED THE CONFIGURATION OF THE POLITICAL CHESSBOARD OF THE CHAMBER, NOT ONLY CO-OPTING OPPOSITION DEPUTIES BUT ALSO DETERMINING THE CHOICE AND MAINTENANCE OF THE LEADERS OF PARTY GROUPS WHO MAKE UP ITS SUPPORT BASE. COMPARATIVE ANALYSIS OF RECENT ATTEMPTS TO REFORM THE ELECTORAL-PARTISAN SYSTEM, ON THE ONE SIDE, AND TO LIMIT THE PRESIDENT'S CONTROL OF THE POLITICAL AGENDA, ON THE OTHER SIDE, MAKES CLEAR THAT THE EXECUTIVE BRANCH OF THE GOVERNMENT IS THE GREAT MOBILIZING POWER OF EXISTING STRUCTURES IN THE CHAMBER OF DEPUTIES.

KEYWORDS
PARLIAMENTARY ACTION; PARTY STRUCTURE; POLITICAL REFORM; LIMITATION OF LEGISLATIVE POWERS OF THE PRESIDENT.

INTRODUÇÃO

A maioria dos estudos sobre a ação dos deputados federais brasileiros tem procurado explicar a atuação desses parlamentares objetivamente, a partir de elementos estruturais.

Estudiosos como Scott Mainwaring (1993) buscam explicar o comportamento parlamentar a partir de elementos ditos "constitucionais", dentre os quais se destacam os sistemas de governo e os sistemas eleitoral-partidários.

Mainwaring entende que a combinação de presidencialismo com proporcionalismo e multipartidarismo estimularia o radicalismo, a indisciplina partidária e o distanciamento da vontade do eleitor na ação parlamentar.

Os sistemas proporcionais e o multipartidarismo deles decorrente facilitariam a entrada de políticos radicais. Essa polarização ideológica tenderia a ser menor nos sistemas majoritários ou bipartidários, devido às elevadas barreiras de entrada e à necessidade de ganhar os votos do centro, características supostamente inerentes a esses sistemas.

Afora isso, sustenta Mainwaring, os parlamentares tenderiam a agir de forma indisciplinada em sistemas que combinam presidencialismo com proporcionalismo e multipartidarismo, na medida em que nesses sistemas as coalizões interpartidárias seriam construídas e mantidas de forma sempre precária. Uma vez que os ministros são escolhidos pelos presidentes sem a participação efetiva dos partidos, os integrantes destes últimos não estariam firmemente comprometidos a apoiar o governo. Nem mesmo quando seus partidos detêm ministérios, os parlamentares estariam comprometidos a sustentar o governo em uma base permanente, não sendo infrequente que governos mantenham em ministérios membros de partidos apenas para fazer frente à oposição, no parlamento, de grande parte desses mesmos partidos.

Por último, a responsabilização ou a *accountability* eleitoral seria dificultada nas combinações de presidencialismo com proporcionalismo e multipartidarismo, dificuldade agravada nos casos de fraca institucionalização dos partidos. De acordo com Mainwaring e Torcal (2005), nos sistemas partidários fluidos, o personalismo, desprovido de componentes ideológicos, programáticos ou de identificação partidária, exerceria maior influência na hora do voto. Ou seja, muitos eleitores seriam influenciados mais pela personalidade do que pelo partido, políticos antipartidos teriam mais chance de ganhar eleições, bem como o populismo e a antipolítica seriam mais comuns, tudo isso concorrendo para uma atuação parlamentar menos comprometida com a vontade dos eleitores.

Outros estudiosos como Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (1999) procuram explicar a ação dos deputados federais levando em consideração a inter-relação entre tais elementos constitucionais e os chamados "procedimentais", mantendo, porém, a mesma perspectiva objetivista.

Figueiredo e Limongi sustentam que, se em alguns países "elementos constitucionais" como a combinação de presidencialismo com proporcionalismo e multipartidarismo têm estimulado o radicalismo, a indisciplina partidária e o distanciamento da vontade dos eleitores na ação parlamentar, tais efeitos, sobretudo no que toca à indisciplina, no Brasil seriam atenuados e algumas vezes até anulados por "elementos procedimentais" como o forte poder de agenda do presidente da República e a alta centralização dos trabalhos parlamentares nas mãos dos líderes partidários.

De um lado, a Constituição de 1988 teria mantido os instrumentos introduzidos pelos militares com vistas a garantir a preponderância do Executivo sobre o Legislativo e uma maior presteza por parte deste último na consideração das proposições do primeiro, tais como a iniciativa exclusiva de certas leis, a atribuição de urgência pelo presidente da República a projetos de sua autoria e a edição pelo chefe do Executivo de medidas provisórias com força de lei. De outro lado, os recursos legislativos colocados à disposição dos líderes partidários teriam sido ampliados pelos novos regimentos internos das casas legislativas. Tudo isso concorreria para uma atuação parlamentar mais disciplinada e cooperativa. Em outras palavras, os deputados federais não encontrariam um arcabouço institucional próprio para perseguir interesses particularistas. Ao contrário, a melhor estratégia para a obtenção de recursos visando a retornos eleitorais seria votar com a bancada (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999).

Ainda outros estudiosos como Barry Ames (2000), conquanto mantenham o enfoque objetivista, buscam explicar a ação dos deputados federais levando em conta outros elementos. Na avaliação de Ames, o fato de deputados de um mesmo partido votarem juntos não prova que a influência entre líderes e liderados flui de cima para baixo. Ao contrário, esse fenômeno poderia demonstrar a ocorrência de um processo de barganha bem-sucedido, em que quase todos os deputados estariam satisfeitos com seu ganho individual. De qualquer modo, a análise das votações nominais somente se

prestaria para medir a força das lideranças partidárias dentro de um modelo multivariado. Ou seja, para se fazerem inferências sobre a força dos líderes das bancadas partidárias, seria preciso avaliar a importância de outros determinantes de votação partidária, incluindo-se entre eles as ideologias, as características do eleitorado, os benefícios decorrentes de *pork-barrel*[1] e o tempo de permanência no cargo.

São raros, entretanto, os estudos que procuram combinar uma explicação da ação dos deputados federais a partir de elementos estruturais, de um lado, com uma compreensão do sentido que os próprios atores atribuem a sua conduta, de outro. A maioria atem-se apenas a generalizações explicativas ou a processos e circunstâncias que se desenrolam "nas costas" desses agentes, desprezando as generalizações cognitivamente sustentadas, explícita ou tacitamente, por esses atores e recorrentemente mobilizadas na produção cotidiana de suas condutas.

Este trabalho, todavia, empregando uma metodologia construída sobre formulações feitas por Jürgen Habermas (1988 [1967]), Pierre Bourdieu (2001) e Anthony Giddens (1986 [1984]),[2] busca explicar a ação dos deputados federais da 53ª Legislatura (2007-2011), particularmente em sua relação com a estrutura partidária, a partir das restrições e das habilitações objetivas inscritas em seu posicionamento nessa estrutura em particular e na estrutura da Câmara em geral, ao mesmo tempo que busca compreender a representação que esses parlamentares podiam fazer do posicionamento deles próprios e de seus correligionários e adversários, em função das informações que detinham e de suas estruturas cognitivas, ao pressuposto de que essa representação era elemento constitutivo de sua conduta.

No curso desse processo explicativo-compreensivo do comportamento parlamentar, procuraram-se respostas às seguintes questões: (1) Como o sistema eleitoral-partidário, notadamente o sistema proporcional de lista aberta, combinado com o sistema presidencialista de governo, influenciava a ação dos deputados federais na 53ª Legislatura (2007-2011), particularmente em sua relação com a estrutura partidária? (2) Como o poder de agenda do presidente da República, combinado com a centralização das atividades da Câmara dos Deputados nas mãos dos líderes partidários, confluía com aqueles elementos ditos "constitucionais" em tal comportamento parlamentar? (3) Como os deputados, por sua vez, agiam para reproduzir ou transformar esse estado de coisas?

No esforço de explicar/compreender a ação dos deputados federais na 53ª Legislatura, procurou-se, inicialmente, identificar as estruturas partidárias então existentes na Câmara e os parlamentares a elas relacionados, bem como definir o grau de institucionalização dessas estruturas ou de padronização de condutas e práticas em seu interior, como os deputados se posicionavam em tais estruturas, o capital específico que esses parlamentares aportavam e as relações de força instauradas. O critério utilizado na identificação das estruturas partidárias foi o estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351, em 2006, e no

Mandado de Segurança n. 26.460, em 2007: têm direito a funcionamento parlamentar e, por conseguinte, fazem jus a representação e liderança os partidos que tenham elegido para a Câmara dos Deputados e ali mantenham filiados representantes de pelo menos três diferentes estados.

Nessa primeira fase, procedeu-se ao levantamento de dados junto à Secretaria-Geral da Mesa e às Lideranças Partidárias da Câmara dos Deputados, à observação de interações no interior das estruturas partidárias em particular e da Câmara em geral e à entrevista semiestruturada, primeiro de assessores das Lideranças Partidárias e depois de deputados. As interações observadas e os assessores entrevistados foram selecionados a partir da construção de um sistema de rede, em que se buscaram, entre os servidores da Câmara, "egos focais" que dispusessem de informações úteis ao mapeamento das estruturas e à decodificação de suas regras. A identidade dos assessores entrevistados foi preservada.[3] Os deputados entrevistados foram selecionados entre aqueles que se tinham destacado nos processos analisados, seja por haverem sido autores de proposições, emendas e questões de ordem, seja por terem participado de discussões e encaminhamentos de matérias, seja por haverem votado contra a orientação do líder.

As estruturas partidárias – dezessete de acordo com o critério estabelecido pelo STF – estão ordenadas segundo seu posicionamento no espectro ideológico clássico e seu posicionamento em relação ao governo. Na análise de cada uma dessas dezessete estruturas partidárias então existentes na Câmara, deu-se especial atenção à origem dos partidos, ao posicionamento do partido e da bancada no espectro ideológico clássico, às migrações partidárias, à relação das bancadas com os líderes parlamentares e com os dirigentes partidários, à pretensão do partido de governar o país e ao posicionamento do partido e da bancada em relação ao governo.

As ações parlamentares analisadas foram as proposições (propostas de emendas à Constituição – PECs, projetos de lei complementar – PLPs, projetos de lei – PLs, projetos de resolução – PRCs, emendas e pareceres), os pronunciamentos (justificações de proposições, discussões no Plenário e encaminhamentos de votações), as votações nominais e as questões de ordem relacionados ao sistema eleitoral-partidário e à concentração de poderes legislativos nas mãos do presidente da República e dos líderes da Câmara dos Deputados. Em outras palavras, o exame da influência da combinação de presidencialismo com proporcionalismo de lista aberta e outros aspectos do sistema eleitoral-partidário, em inter-relação com a combinação de poder de agenda do presidente com concentração dos trabalhos da Câmara nas mãos dos líderes, sobre o comportamento dos deputados, teve como *locus* privilegiado as ações mesmas desses parlamentares tendentes a reproduzir ou transformar tal situação.

Na primeira parte dessa última fase do trabalho, a parte explicativa, procedeu-se à análise de documentos obtidos junto à Secretaria-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados: fichas de tramitação das proposições; inteiro teor das proposições principais e

das apensadas, das emendas e dos substitutivos; notas taquigráficas dos pronunciamentos nas discussões e nos encaminhamentos das votações. Somente foram preliminarmente examinadas as proposições que tinham sido objeto de parecer. Entre essas proposições, deu-se especial destaque ao PL n. 1.210/2007 – reforma política – e à PEC n. 511/2006 – medidas provisórias –, seja pelo interesse que despertaram nos deputados dos diferentes partidos, ideologias e regiões do país – interesse demonstrado na intensa participação desses parlamentares na forma de emendas, pronunciamentos e questões de ordem –, seja por sua ampla repercussão na sociedade.

Na segunda parte, a parte compreensiva, procedeu-se à análise dos discursos consubstanciados nas justificações das proposições e nos pronunciamentos no Plenário, e à entrevista semiestruturada dos deputados que tiveram atuação destacada nos processos de apreciação do PL n. 1.210/2007 e da PEC n. 511/2006.

Na análise do comportamento parlamentar, tanto num como noutro processo legislativo, enfocou-se especialmente a coesão interna e a articulação entre si das várias bancadas partidárias.

1 Estrutura partidária

Na 53ª Legislatura (2007-2011), dezessete partidos políticos tinham funcionamento e, consequentemente, detinham direito a representação e liderança na Câmara dos Deputados. Na Tabela 1, esses partidos estão classificados de acordo com seu posicionamento no espectro ideológico clássico e seu posicionamento em relação ao governo. Essa classificação, porém, não era pacífica, pois as ações dos partidos nem sempre guardavam coerência com as declarações ideológicas contidas em seus estatutos e seu posicionamento em relação ao governo nem sempre era formalizado no âmbito da Câmara. A evidência mais eloquente dessa falta de coerência ideológica era o fato de vários partidos declaradamente de direita ou centro-direita haverem integrado a base parlamentar de sustentação do governo Luís Inácio Lula da Silva, declaradamente de esquerda ou centro-esquerda. Já a situação do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) era bem emblemática da ambiguidade que cercava a relação de alguns partidos com o governo ou com a oposição: ainda que mais alinhado ideologicamente com partidos como o Partido dos Trabalhadores (PT), frequentemente acompanhava o Partido Popular Socialista (PPS), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Democratas (DEM) em sua oposição ao governo. O próprio PPS não tinha muita afinidade ideológica com o DEM.[4]

TABELA 1 – **PARTIDOS COM FUNCIONAMENTO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS NA 53ª LEGISLATURA (2007-2011), CLASSIFICADOS DE ACORDO COM SEU POSICIONAMENTO NO ESPECTRO IDEOLÓGICO CLÁSSICO E COM SEU POSICIONAMENTO EM RELAÇÃO AO GOVERNO**

	ESQUERDA OU CENTRO-ESQUERDA	CENTRO	CENTRO-DIREITA OU DIREITA
GOVERNO	PCdoB, PDT, PSB, PT, PV	PMDB, PMN	PP, PR, PRB, PSC, PTB, PTC
OPOSIÇÃO	PPS, PSOL[5]	PSDB	DEM

Fontes: Secretaria-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados e Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351, de 2006, e Mandado de Segurança n. 26.460, de 2007).

Alguns desses partidos formavam blocos parlamentares. Na 53ª Legislatura, havia na Câmara dos Deputados dois blocos parlamentares: o bloco formado pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e pelo Partido Trabalhista Cristão (PTC); e o bloco formado pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), pelo Partido da Mobilização Nacional (PMN) e pelo Partido Republicano Brasileiro (PRB).

A Tabela 2 resume os dados produzidos sobre as estruturas partidárias existentes no interior da Câmara dos Deputados na 53ª Legislatura (2007-2011).[6]

TABELA 2 – **RESUMO COMPARATIVO DAS ESTRUTURAS PARTIDÁRIAS – CÂMARA DOS DEPUTADOS – 53ª LEGISLATURA (2007-2011)**

	PCdoB	PDT	PSB	PT	PV	PPS	PSOL	PMDB	PMN	PSDB	PP	PR	PRB	PSC	PTB	PTC	DEM
DEPUTADOS	12	23	27	77	15	14	3	89	3	57	40	44	7	16	23	3	55
VOTOS DE LEGENDA	92%	100%	89%	100%	93%	100%	100%	93%	100%	93%	90%	95%	100%	94%	96%	100%	95%
MUDANÇA DE PARTIDO	0%	13%	11%	1%	20%	7%	0%	9%	0%	7%	7%	52%	85%	44%	13%	33%	0%
PERDA PARA OUTROS PARTIDOS	0%	17%	18%	4%	8%	41%	0%	11%	67%	12%	2%	12%	0%	11%	0%	33%	21%

Fonte: Secretaria-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados.

Levando-se em conta que a média do tamanho das bancadas na Câmara na 53ª Legislatura (2007-2011) era de 29,88 deputados, pode-se dizer que apenas seis dos dezessete partidos políticos com funcionamento na Câmara dos Deputados estavam acima da média, dos quais apenas um era de esquerda ou centro-esquerda (PT), dois eram de centro (PMDB e PSDB) e três eram de centro-direita ou direita (Partido Progressista – PP, Partido da República – PR e DEM). Essas seis maiores bancadas partidárias, no entanto, correspondiam a 71% da composição da Câmara. As bancadas de esquerda ou centro-esquerda (do PCdoB, do Partido Democrático Trabalhista – PDT, do PSB, do PT, do Partido Verde – PV, do PPS e do PSOL) correspondiam a 34% da composição da Câmara, as bancadas de centro (do PMDB, do PMN e do PSDB) a 29% e as bancadas de centro-direita e direita (do PP, do PR, do PRB, do Partido Social Cristão – PSC, do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, do PTC e do DEM) a 37%. Ou seja, a composição da Câmara dos Deputados naquela legislatura era predominantemente de centro-direita ou direita. As bancadas partidárias que integravam a base de sustentação do governo Lula (do PCdoB, do PDT, do PSB, do PT, do PV, do PMDB, do PMN, do PP, do PR, do PRB, do PSC, do PTB e do PTC), por sua vez, correspondiam a 75% da composição da Câmara. Apenas 40% dessa base eram de esquerda ou centro-esquerda. Além disso, vale destacar o alto número e a elevada diversidade ideológica das bancadas partidárias que compunham a base governista.

Apenas as bancadas do PDT, do PT, do PPS, do PSOL (esquerda ou centro-esquerda), do PMN (centro), do PRB e do PTC (centro-direita ou direita) tinham sido inteiramente eleitas pelos votos de legenda. Ou seja, entre os deputados eleitos pelos votos de legenda, prevaleciam os integrantes das bancadas de esquerda ou centro-esquerda. Entretanto, a bancada em que se achava o maior número relativo de deputados eleitos pelos votos próprios era a do PSB, partido de esquerda ou centro-esquerda sucessivamente controlado por personalidades como Miguel Arraes e Anthony Garotinho.

As bancadas partidárias com os maiores números relativos de deputados eleitos por outras legendas e que, portanto, registravam as maiores porcentagens de mudança de partido eram as do PDT, do PSB e do PV (esquerda ou centro-esquerda), do PR, do PRB, do PSC, do PTB e do PTC (centro-direita ou direita), todas governistas. Em outras palavras, as bancadas governistas eram as que mais tinham recebido deputados de outras bancadas partidárias, com destaque para as bancadas de centro-direita ou direita. Mais da metade dos integrantes da bancada do PR e três quartos da bancada do PRB eram oriundos de outras bancadas partidárias.

Entre as bancadas partidárias com as maiores perdas relativas de deputados para outras legendas, encontravam-se a do PDT, do PSB e do PPS (esquerda ou centro-esquerda), do PMDB, do PSDB (centro), do PR, do PSC, do PTC e do DEM (centro-direita ou direita). Todas registravam mais perdas do que ganhos, com exceção das bancadas do PR e do PSC, que tinham ganhado muito mais do que haviam perdido,

do PTC, que tinha ganhado tanto quanto havia perdido, e do DEM, que só tinha perdido. No caso do PPS, do PSDB e do DEM, a quase totalidade das perdas havia sido para partidos governistas, notadamente para o PR.

2 Ações dos deputados federais

2.1 PL n. 1.210/2007 – Reforma política

Ao longo da 53ª Legislatura (2007-2011), diferentes propostas de mudança do sistema político adotado no Brasil foram apresentadas pelos deputados federais. Entre essas inúmeras proposições, este trabalho somente analisou preliminarmente aquelas que foram objeto de parecer. Deu-se especial destaque ao PL n. 1.210/2007, seja por reproduzir o inteiro teor do PL n. 2.679/2003, da Comissão Especial da Reforma Política, seja pelo alto interesse que despertou nos deputados dos diferentes partidos, ideologias e regiões do país – interesse demonstrado na intensa participação desses parlamentares na forma de emendas, pronunciamentos e questões de ordem –, seja por sua ampla repercussão na sociedade.

O PL n. 1.210/2007 propunha, entre outras alterações ao sistema eleitoral-partidário vigente, a proibição das coligações partidárias nas eleições proporcionais, a instituição de uma federação de partidos com duração mínima de três anos, a substituição da lista aberta pela lista fechada nas eleições proporcionais, o financiamento de campanha exclusivamente público e o estabelecimento de uma cláusula de desempenho por força da qual somente teriam direito a funcionamento parlamentar os partidos que, a cada eleição para a Câmara dos Deputados, houvessem obtido ao menos 2% dos votos apurados nacionalmente.

Encerrados a fase de discussão e o prazo para emendamento, em 27 de junho de 2007 o deputado Ronaldo Caiado, do DEM, relator da matéria, apresentou parecer pela rejeição de algumas emendas e aprovação de outras, na forma de substitutivo por ele então oferecido. Na realidade, de todas as emendas relacionadas aos principais itens da reforma proposta por meio do PL n. 1.210/2007, o deputado Ronaldo Caiado somente acolheu as que propunham a supressão da cláusula de desempenho eleitoral ou de barreira ao funcionamento parlamentar.

No mesmo dia, os deputados Luciano Castro, então líder da bancada do PR, e Miro Teixeira, então líder da bancada do PDT, requereram que o substitutivo do deputado Ronaldo Caiado fosse votado em grupo de artigos, figurando em primeiro lugar os artigos relacionados à lista fechada. Fruto de acordo, o requerimento foi aprovado em votação simbólica.

Submeteu-se, então, a votação o primeiro grupo de artigos do substitutivo do relator, os artigos relacionados à lista fechada. A lista fechada foi rejeitada por 252 a 181. Três deputados se abstiveram de votar.

Em 4 de agosto de 2007, em uma derradeira tentativa de aprovar os demais itens – já flexibilizados – da reforma política, rejeitou-se, por votação simbólica, o segundo grupo de artigos do substitutivo do deputado Ronaldo Caiado, do DEM, para, em seguida, submeter-se a votação uma emenda aglutinativa substitutiva global[7] apresentada pelo deputado Flávio Dino, do PCdoB, e elaborada com a ajuda do próprio deputado Ronaldo Caiado, entre outros interessados. Por meio dessa emenda aglutinativa substitutiva global, propunham-se o financiamento exclusivamente público somente para as eleições majoritárias e a proibição de integrar nova bancada partidária ao parlamentar que, no curso do mandato, se desfiliasse ou fosse desfiliado do partido de eleição.

A emenda aglutinativa substitutiva global, porém, não pôde ser admitida em razão de conter matéria nova ou não encontrada nem no projeto original nem nas muitas emendas a ele apresentadas, irregularidade suscitada, em questão de ordem, pelo deputado Arnaldo Faria de Sá, do PTB. Foi o melancólico fim da reforma política proposta por intermédio do PL n. 1.210/2007, um dos raros casos de proposições que, submetidas ao Plenário da Câmara, não resultaram aprovadas. Indagado quanto à intencionalidade do efeito, o deputado Flávio Dino respondeu:

> Eu tinha e tenho convicção que a emenda aglutinava era correta, que ela… dentro evidentemente de uma certa interpretação regimental, porque o conceito regimental de emenda aglutinativa é repleto de conceitos jurídicos indeterminados, *né*? […] Na verdade ali foi um gesto político – quando eu digo político não significa um juízo depreciativo –, foi um gesto político do presidente Arlindo [Chinaglia]. Naquele momento, acho que ele já estava convencido de que não ia adiante, que *tava* prolongando a agonia, que ia ficar o ônus político *pra* ele, já que a tentativa de retomada foi patrocinada por ele. Foi ele que chamou *pra* si, ele que assumiu, ele que coordenou nos momentos iniciais. E naquele instante, acho que ele já via que não havia condições de aprovar um texto que fosse adiante viabilizado, *né*? Um texto que fosse viável depois ser discutido no Senado. É interessante notar que naquele instante havia também muita resistência dos chamados "formadores de opinião", de analistas, mundo acadêmico, editorialistas, jornalistas, que é um dos aspectos mais peculiares e curiosos da reforma política. Quando ela não é feita, há um discurso desses setores dizendo: "O Congresso não faz porque não quer". E quando qualquer coisa é pautada, essa qualquer coisa é objeto de críticas, na maioria das vezes, na minha avaliação, disparatadas, como se houvesse aqui um amontoado de mal-intencionados ou ignorantes, que não tivessem a menor noção do que seria uma verdadeira reforma política. A questão que entre ter metafisicamente, idealmente, uma noção do que seria a reforma política e viabilizá-la aqui concretamente, no mundo

> material, com todas as suas contradições, há uma distância enorme. Naquele momento, havia um... Nós estávamos em minoria também na sociedade. Não na sociedade, o povo. Porque o povo não acompanha o tema de reforma política, um tema para iniciados. Infelizmente é um tema muito distante da maioria do povo. Mas entre esses segmentos acadêmicos, jornalistas. Eu *lembro de* editoriais dizendo que seria eleição indireta, que iria privar o cidadão do direito ao voto, que o financiamento público seria desperdiçar dinheiro que poderia ir para o combate à fome, para construir casa para o povo. E esse aspecto também, na minha avaliação, influiu nessa decisão do presidente Arlindo (Entrevista realizada em 11/5/2010).

Ao longo de todo o processo de apreciação da reforma política proposta por meio do PL n. 1.210/2007, as bancadas do PSB, do PPS, do PMDB, do PSDB e do DEM foram as que se mostraram menos coesas.[8] No outro extremo, as bancadas que se revelaram menos incongruentes em torno da matéria foram as do PCdoB, do PDT, do PSOL, do PR e do PSC. As bancadas do PT, do PV, do PP e do PTB, em uma zona intermediária, comportaram-se de forma mais ou menos inconsistente.

As poucas bancadas partidárias que até o fim se mostraram favoráveis à reforma política proposta por intermédio do PL n. 1.210/2007, à exceção do DEM, comportaram-se de modo relativamente coeso. Foram elas as bancadas do PCdoB, do PSOL e do PT – as duas primeiras mais congruentemente do que a última –, todas bancadas de esquerda ou centro-esquerda. Esse fato talvez se explique pela razão aduzida pelo então líder da bancada do PT, deputado Luiz Sérgio, para justificar o fechamento de questão daquele partido a favor da reforma proposta: os partidos de esquerda costumam preferir as ações coletivas às individuais. Tal razão também explicaria por que pequenas bancadas partidárias como as do PCdoB e do PSOL se dispuseram a votar a favor de uma reforma política que, em seu conjunto, penalizaria as agremiações menores. Uma coisa parece muito clara: os dirigentes do PCdoB, do PSOL e do PT sabiam e sabem que não poderão sobreviver por muito tempo como partidos que privilegiam as ações coletivas em um sistema político que induz a um comportamento individualista, particularista, personalista – enfim, antipartidário e antipolítico.

Como, então, explicar/compreender, de um lado, a ação das demais bancadas de esquerda ou centro-esquerda, que se revelaram contrárias à reforma política, e, de outro, o comportamento da bancada do DEM, que, sendo de direita ou centro-direita, se mostrou favorável à reforma, ainda que de forma pouco coesa?

Tanto a bancada do PDT, mais consistentemente, como as bancadas do PV, do PSB e do PPS, de maneira menos sólida, todas de esquerda ou de centro-esquerda, votaram contrariamente à reforma política proposta por meio do PL n. 1.210/2007. De acordo com o assessor do PDT entrevistado, em que pesasse à direção do partido ser favorável à reforma proposta, a bancada na Câmara era contra, e isso por razões bem pragmáticas:

> É o espírito de corpo do Parlamento. Ninguém quer saber de lista, porque acha que a lista acaba beneficiando as cúpulas partidárias e os deputados ficam de fora, perdem o poder por isso [...] Eu vou separar as coisas, a cúpula do partido e a sua bancada [...] A bancada é contra, porque aquilo ali implicava sua própria sobrevivência (Entrevista realizada em 20/3/2010).

Igual temor foi manifestado pelo deputado Miro Teixeira: "Ora, como é que seriam organizadas essas listas? Os mais submissos à frente, botando talvez um notável na cabeça da lista e depois o pessoal que tem o contracheque do partido" (Entrevista realizada em 6/5/2010).

O mesmo se pode dizer da pequena bancada do PV, integrada por deputados de tradições políticas as mais diversas, como é o caso do deputado Sarney Filho, que já esteve filiado à Aliança Renovadora Nacional (Arena), ao Partido Democrático Social (PDS/PP) e ao Partido da Frente Liberal (PFL/DEM) antes de aderir aos verdes: cada qual estava mais preocupado em garantir a própria sobrevivência política. Na avaliação do assessor entrevistado,

> o tema reforma política, com o perdão da palavra, é alguma coisa que cada um conhece muito bem e sabe onde que aperta, onde que afrouxa, aonde que seu umbigo pode ir, aonde não pode. Eu diria que a coisa se capilariza a ponto de as questões regionais, paroquiais, até as questões que envolvem seu bairro, seu distrito, passam a ser muito mais relevantes do que qualquer questão nacional, partidária. Então essa característica do tema faz com que, num primeiro momento, você não tenha bancada, não tenha nem partido; você tenha a realidade e lógica do parlamentar. Então, quando se falam os vários temas que à época eram elencadas – lista aberta, lista fechada, financiamento público, financiamento privado –, todos esses temas são muito sensíveis a cada um deles. E nessa hora, cada um vê a sua realidade (Entrevista realizada em 14/4/2010).

Além disso, não se pode esquecer que o PV foi um dos partidos que, na 53ª Legislatura (2009-2011), mais ganharam deputados de outras legendas. Ou seja, o PV só vinha lucrando com o atual sistema eleitoral-partidário.

Já as bancadas do PSB e do PPS estavam mais seriamente divididas em torno da reforma política proposta por intermédio do PL n. 1.210/2007. Uns poucos integrantes da bancada do PSB, como a deputada Luiza Erundina, ao longo de todo o processo se posicionaram a favor da reforma proposta. A maioria, porém, nas palavras do assessor entrevistado, estava

> voltada a sua realidade lá, dentro do partido lá em seus estados [...] É uma coisa bem do parlamentar mesmo. Cada um sabe onde está apertando seu calo... Cláusula de barreira, coligações... [...] A discussão dela [Luiza Erundina], como a dos outros que defenderam veementemente essa questão, *tava* além disso. Não tava muito focada nessa questão da sua sobrevivência [...] Vai muito da capacidade e da condição de cada parlamentar – no caso, exemplifico com a própria deputada Luiza Erundina – de sair um pouco desse processo e ver como isso pode trazer mais benefício [...] Eu acho que essa questão da sobrevivência foi o foco mesmo (Entrevista realizada em 12/4/2010).

Não se pode olvidar que o PSB vinha sendo sucessivamente controlado por personalidades como Miguel Arraes e Anthony Garotinho, e que a bancada daquele partido era a que, naquela legislatura, possuía o maior número relativo de deputados eleitos por votos próprios. Os socialistas não pareciam, pois, estar muito incomodados com o personalismo a que induz o sistema eleitoral-partidário vigente.

A bancada do PPS, que, juntamente com as bancadas do PSDB e do DEM, tinha perdido deputados para bancadas governistas, no início, embora pouco coesamente, vinha posicionando-se favoravelmente à reforma política. Ao final, mostrou-se tão severamente fragmentada que seu então líder, o deputado Fernando Coruja, viu-se forçado a liberá-la. Também aqui a maior parte da bancada revelou-se finalmente muito mais preocupada com a própria sobrevivência política: 60% votaram contra a reforma. No julgamento do assessor do PPS entrevistado,

> a questão realmente foi a lista fechada. E a lista por causa do presidente do partido, que era considerado... Aquele problema: "Espera aí, se o Roberto Freire for o que vai indicar o deputado, nós..." Por exemplo, o Humberto Souto, que tem uma história de líder do [Fernando] Collor [de Mello] e tal, seria um dos primeiros a não serem beneficiados nessa lista fechada [...] A maioria dos deputados, eles são contra. Eles querem ter o direito *deles* colocarem... não ser aquela coisa centralizadora. "O partido pensa assim, então eu vou ser banido se eu falar diferente disso" [...] Como eu te disse, a gente só tem o Augusto [Carvalho] de DNA comunista. O resto vem depois, do PPS. As origens deles não são de esquerda [...] O Humberto Souto especialmente, que era da Arena, PDS, foi líder do Collor, lutou contra o *impeachment* e agora *tá* com a gente no PPS [...] A questão estaria na lista. Porque eles imaginaram: "Pronto, só *vão* ter dinossauros, *né*?" O esqueleto do Partido Comunista ainda é o mesmo, *né*? O Roberto Freire e companhia limitada, que vêm desde lá atrás. Então todos eles, inclusive o Raul Jungmann, que é um cara

> superpartido, todos eles tiveram receio (Entrevista realizada em 5/4/2010).

Essa também foi a avaliação do próprio deputado Fernando Coruja:

> Nós tínhamos um acordo de liberdade nessa matéria. O partido não fechou questão [...] A bancada não tinha uma opinião coesa nessa questão. Eu, individualmente como parlamentar, tinha essa opinião. Mas lá, quando *cê* vai orientar, *cê* não orienta: "Eu acredito nisto. *Tô* orientando você a votar nisto" [...] Então, nesse caso da reforma política, a bancada já tinha discutido e não tinha chegado a uma uniformidade de posição.
> [...]
> Um dos principais problemas desse sistema eleitoral, como não há partidos e a pessoa não é eleita por uma lista partidária fechada, fica muito difícil *cê* ter aglutinação, mesmo que o partido decida uma coisa. A não ser que ele feche a questão [...] as pessoas tendem a votar como elas querem. Não há uma responsabilidade com o partido. Não há uma responsabilidade com a mudança. O sistema eleitoral leva a uma irresponsabilidade do Parlamento. A única responsabilidade que o parlamentar tem [...] é com a própria reeleição. Ele não tem responsabilidade com o governo. Esse troço não é parlamentarista. Logo ele não tem responsabilidade. Ele não tem responsabilidade com o partido, porque ele não é eleito pelo partido. Ele tende a votar de acordo com os seus interesses, o interesse dos seus eleitores especificamente. Se ele é religioso, ele vai votar de acordo com a sua religião. Se ele representa uma corporação, ele vota com sua corporação. Ele não vota com o partido [...] Como não tem partidos, fica difícil ter coesão na votação. Como não tem coesão na votação, fica difícil fazer reforma. No Brasil, se não fizer reforma não tem partido. Cada parlamentar é uma instituição (Entrevista realizada em 28/4/2010).

Como no caso do PDT, percebe-se no PPS uma clara divisão entre, de um lado, dirigentes partidários, preocupados com a continuidade do partido como uma agremiação política que privilegia as ações coletivas, favoráveis, por conseguinte, à mudança das regras políticas atuais, que induzem a um comportamento individualista, particularista e antipartidário, e, de outro, integrantes de bancadas parlamentares sem muito compromisso ideológico-programático com o partido, a maioria dos quais com um longo histórico de migração partidária.

E quanto à bancada do DEM, o que a teria levado, ainda que incongruentemente, a se posicionar a favor da reforma política proposta por meio do PL n. 1.210/2007? Dissidente do PDS, partido que sucedeu a Arena, portanto arraigada na tradição liberal,

a maioria democrata que votou a favor da reforma proposta, inclusive sua nova liderança mais ao Sul, não deve havê-lo feito motivada por uma preferência pelas ações coletivas. Da mesma forma, a bancada do DEM não se deve ter posicionado favoravelmente à reforma política apenas porque ela beneficiaria os maiores partidos. Outras grandes bancadas, como a do PR, mais coesamente, e as do PP, do PSDB e do PMDB, de modo menos congruente, votaram contrariamente à reforma. Talvez a resposta possa ser encontrada no fato de ser o DEM o partido de grande porte que mais vinha perdendo com as regras políticas atuais. Como se viu, foi a legenda de grande porte que mais deputados perdeu para outras siglas, em sua maioria governistas,[9] sem ganhar um sequer em troca. Além disso, a nova liderança mais ao Sul, conforme declaração do deputado Ronaldo Caiado adiante transcrita, acreditava que a reforma proposta emanciparia o DEM da tutela do PSDB, possibilitando-lhe lançar, em paridade de condições com os outros partidos maiores, candidato próprio a presidente da República.

No lado oposto, encontravam-se os partidos que só vinham lucrando com o atual sistema eleitoral-partidário e, por conseguinte, tinham interesse em conservá-lo. Como se observou, o PR, o PSC, o PP, o PTB e o PV – cujas bancadas se posicionaram, as duas primeiras mais, as três últimas um pouco menos consistentemente, contra a reforma política proposta por meio do PL n. 1.210/2007 – foram os partidos que, na 53ª Legislatura, mais ganharam deputados de outras legendas, sem perder nenhum ou quase nenhum. Não deve ter sido por outra razão que o deputado Luciano Castro, então líder do PR – poucos dias depois de o PL n. 2.679/2003, de que o PL n. 1.210/2007 é cópia fiel, haver sido incluído na ordem do dia do Plenário da Câmara –, apresentou tanto o PLP n. 35/2007, que estabelece, em sua versão original, a inelegibilidade como a única penalidade a ser aplicada aos parlamentares que troquem de partido, quanto o PRC n. 45/2007, que determina que a proporcionalidade para fins de composição da Mesa e das comissões da Câmara deva ser aferida no início de cada sessão legislativa. No julgamento do assessor do PR entrevistado,

> isso aí foi uma demanda que houve dentro do partido, dos deputados, porque, analisando você vê que, nesse período pós-Mensalão e tudo, nós elegemos só 25. Aí depois acho que tomaram posse 37 ou 38, algo assim. E foi, se não *tô* enganado, até 53. Isso aí teve uma demanda dentro da bancada de você organizar a vida dos deputados aqui dentro [...] O PLP [n. 35/2007] era criando uma janela *pra* movimentação de parlamentares dentro do partido [...] e a Resolução [PRC n. 45/2007], ele tentava acomodar os deputados dentro das comissões, mas ele fazia ressalva que não tinha alteração nas presidências das comissões. Isso foi tentado *pra* conseguir o apoio das bancadas que tinham conseguido o maior número de deputados das eleições [...] Eu acho que você não pode dizer que o

> partido é um "partido legislativo". É um pouco disso, mas também ele é um partido de origem nas urnas, mas também dos interesses daqueles deputados que se elegem por um outro partido, até mesmo por um problema local, e depois querem as benesses do governo. Então eles têm que migrar *pra* um partido *pra* que possam ter essa opção. E os partidos que existiam na época, creio eu que a melhor escolha teria sido o PR. Porque o PTB, a gente sabe que teve um problema. O presidente continuava tendo problema com o atual governo. O PP poderia ser uma escolha também. Mas os principais três partidos eram esses e o movimento foi *pra* dentro do PR, *né*? Então eu acho que existia esse problema de eleição... Um exemplo claro foi na eleição de 2006, que a gente tinha uma bancada de Minas, seis ou sete. Só que a gente não conseguia eleger esses seis ou sete. Então houve a saída. Nós ficamos, acho, com três ou quatro. Conseguimos reeleger três e depois esses que saíram voltaram de novo *pro* partido. Exatamente pelo quociente partidário na eleição local. Então tem essa acomodação [...] Então tem esse jogo político também visando à eleição. É muito o processo legislativo, mas também é muito a eleição. Porque o deputado sabe que se tiver seis, sete grandes deputados disputando uma eleição ele não... fica mais difícil *pra* ele dentro dum partido que não tenha tanto deputado que contém um número de voto (Entrevista realizada em 9/4/2010).

Afora isso, à exceção do PV, esses partidos são todos de direita ou centro-direita, o que também pode explicar o fato de se terem posicionado contra uma reforma política que privilegiava as ações coletivas. O PSC incorporou as ideias e os princípios do extinto Partido Democrático Republicano (PDR), e o atual PTB pode ter sido fruto da tentativa do governo militar de enfraquecer o grupo político de Brizola. O próprio deputado Arnaldo Faria de Sá, em 1988, então filiado ao Partido da Juventude (PJ), posteriormente denominado de Partido da Reconstrução Nacional (PRN), atualmente PTC, concorreu ao cargo de vice-prefeito de São Paulo na chapa de Paulo Maluf. Foi o mesmo Arnaldo Faria de Sá quem articulou a candidatura a presidente da República, pelo então PRN hoje PTC, de Fernando Collor de Mello. Assim, apesar da denominação, tanto o PSC quanto o PTB têm suas raízes fincadas numa tradição individualista, particularista, personalista e antipartidária.

E o que dizer das bancadas partidárias de centro? O que teria levado as bancadas do PSDB e do PMDB, ainda que pouco coesamente, a se posicionarem contra a reforma política proposta por intermédio do PL n. 1.210/2007? O PSDB, que, como o PPS e o DEM, vinha perdendo deputados sobretudo para partidos governistas,[10] inicialmente havia fechado questão a favor da reforma política. Inaugurada a discussão no Plenário, no entanto, a pretexto de compromisso com a chamada "distritalização

do voto", o PSDB mudou de posição, chegando inclusive a fechar questão em sentido contrário. Sem embargo de serem críticos do sistema eleitoral-partidário vigente, os tucanos paulistas – o maior e mais influente grupo dentro do partido e da bancada – convenceram-se de que as regras atuais seriam mais favoráveis à formação de uma base de apoio à candidatura de José Serra a presidente da República. Na avaliação do deputado João Almeida, da Bahia,

> lá atrás, quando o [José] Serra era candidato, era presidente do partido, o partido fechou questão exatamente no sentido contrário, em favor da lista partidária. E essa posição eu fui autorizado – não era líder, mas fui autorizado – pela Executiva Nacional e pela bancada a negociar essa posição, *né*? E vínhamos mantendo essa posição. Quando o projeto voltou a ser apresentado, no começo das discussões, o partido estava inclinado à lista, mas subitamente houve uma mudança de posição muito brusca e acabou resultando no que deu: o partido fechou questão no sentido contrário. E isso foi o motivo da derrota da proposta. A posição do PSDB é que foi definidora do resultado, *né*? Eu não procurei identificar bem isso, mas veio muito da bancada de São Paulo, pelo peso que tem a bancada de São Paulo, que mudou de posição. E eu acho que até por, de certo modo, por influência de novo agora do Serra no sentido contrário. Eu não sei... circunstância do momento. Mas como temos o hábito ruim de pensar nessas questões que são, digamos assim, permanentes da política vinculadas a circunstância eleitoral que *tá* muito próxima. Esta é a dificuldade que temos de fazer uma reforma política, mesmo a reforma eleitoral: a projeção do resultado daquilo na eleição que vai acontecer proximamente, *né*? (Entrevista realizada em 29/4/2010. Nessa ocasião, o deputado João Almeida era o líder da bancada tucana).

O julgamento do deputado Bonifácio de Andrada, de Minas Gerais, é no mesmo sentido:

> Mas depois as lideranças paulistas, que dominam o partido, ficaram muito contra a lista, porque acham que o atual sistema é favorável para eles [...] Digamos que era o grupo paulista que estava querendo nos impor uma fórmula que convinha mais – não sei por que – às exigências do desenvolvimento político deles, dentro do partido (Entrevista realizada em 5/5/2010).

Na mesma direção também a avaliação do deputado Flávio Dino, do PCdoB, que teve uma atuação destacada em todo o processo, inclusive nos bastidores da Câmara:

> Logo na retomada do PL 1.210, houve um fato inesperado e, na nossa opinião, inusitado, que foi a mudança de posição do PSDB. O PSDB participou do entendimento anterior e por motivos, a meu ver, fincados mais na conjuntura política, no interesse de formar um campo político... O PSDB, na verdade, constituiu naquele momento a coluna vertebral do processo de resistência do PL 1.210, aglutinando em torno de si o PP, o PTB e o PR (Entrevista realizada em 11/5/2010).

No julgamento do deputado Ronaldo Caiado, do DEM, a estratégia dos tucanos paulistas de formar uma base de apoio à candidatura do tucano José Serra a presidente da República incluía a manutenção dos democratas sob a tutela do PSDB:

> O PSDB se alinhou conosco na Comissão Especial. Na hora da votação do texto, ele votou contrário. Por quê? Porque o financiamento público, ele dá aos maiores partidos uma igualdade na distribuição do dinheiro e com isso você viabiliza a candidatura de todos esses partidos à presidência da República. Dentro do atual sistema, você só viabiliza a campanha eleitoral quem tem a máquina do governo hoje, que é o presidente, ou senão quem tem o comando dos grandes estados do Brasil, com grande poder de gasto. Então essas são as... os mecanismos *aonde* emergem os candidatos no Brasil [...] Quando o PSDB veio com a tese do voto distrital, ele veio única e exclusivamente para derrubar aquilo que criava uma condição que os partidos, principalmente o Democratas, o PSDB, o PT e o PMDB, eles teriam tempo de televisão próximos, quase idênticos, e nós teríamos uma distribuição em dinheiro também com pouca diferença. Então todos os quatro partidos, eles teriam total independência para lançar candidato (Entrevista realizada em 5/5/2010).

Finalmente, o PMDB. Do início ao fim do processo de apreciação do PL n. 1.210/2007, a bancada peemedebista foi a que se comportou de forma menos coesa em torno da reforma política proposta. Tão severa foi a fratura dos deputados do PMDB que o líder Henrique Eduardo Alves, depois de haver, ao longo de todo o processo, orientado a bancada a votar a favor da reforma, foi compelido, ao final, a liberá-la. 57% deles votaram contra a lista fechada. O comportamento da bancada peemedebista, contudo, não surpreende. O PMDB era o partido que mais vinha lucrando com as regras políticas atuais. Era a agremiação política brasileira que tinha o maior número de filiados, vereadores, prefeitos e governadores, além de possuir a maior quantidade de deputados federais e senadores. A par de seis ministérios do governo Lula, comandava ainda a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Não tinha interesse em alterar o *status quo*.[11]

2.2 PEC n. 511/2006 – Limitação dos poderes legislativo do presidente da República

Assim como aconteceu em relação ao sistema eleitoral-partidário, diversas propostas de mudança da distribuição de poderes legislativos foram apresentadas por deputados federais na 53ª Legislatura (2007-2011). Entre todas as proposições previamente analisadas, este trabalho dá especial enfoque à PEC n. 511/2006 e suas apensadas, basicamente pelas mesmas razões que destacou o PL n. 1.210/2007 ao examinar as ações dos deputados federais relacionadas ao sistema eleitoral-partidário: além de ter sido a única de tais proposições a ser apreciada pelo Plenário, foi a que mais despertou o interesse dos deputados, interesse demonstrado na intensa participação desses parlamentares inclusive na forma de emendas e pronunciamentos.

Na forma originalmente aprovada pelo Senado Federal, a PEC n. 511/2006 propunha, em suas grandes linhas, que as medidas provisórias editadas pelo presidente da República somente ganhassem força de lei depois de admitidas pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Casa do Congresso Nacional em que iniciassem sua tramitação; que, além de não poderem dispor sobre matéria tributária, as medidas provisórias tivessem objeto único, não podendo conter matéria estranha a esse objeto; e que somente entrassem em regime de urgência, sobrestando as demais deliberações legislativas, após transcorridos dois terços do prazo assinado a cada Casa Congressual.

A PEC n. 511/2006 foi apresentada ao Plenário da Câmara dos Deputados em 9 de fevereiro de 2006. Encerrado o prazo de emendamento na Comissão Especial, em 1º de abril de 2008 o deputado Leonardo Picciani, do PMDB, relator da matéria, apresentou parecer à Comissão pela aprovação da PEC n. 511/2006, de suas apensadas e de todas as emendas, na forma de substitutivo por ele então oferecido. O deputado Leonardo Picciani não acatou o dispositivo da PEC n. 511/2006 em virtude do qual as medidas provisórias editadas pelo presidente da República somente ganhariam força de lei depois de admitidas pela CCJC da Casa do Congresso Nacional em que iniciassem sua tramitação nem a proposta de seu colega de bancada, o deputado Michel Temer, de acordo com a qual o chefe do Executivo poderia responder por crime de responsabilidade caso medida provisória por ele editada fosse rejeitada por Casa Congressual em razão da inexistência de urgência. Tampouco acolheu o deputado Leonardo Picciani qualquer das propostas de ampliação da limitação material do poder do presidente da República de editar medidas provisórias nem de estabelecimento de uma quantidade máxima de medidas provisórias que poderiam ser editadas a cada ano. Afora isso, em lugar do dispositivo da PEC n. 511/2006 em virtude da qual o chefe do Executivo não poderia editar medida provisória com mais de um objeto, o relator acolheu a proposta do deputado Flávio Dino, do PCdoB, que simplesmente vedava a falta de "homogeneidade temática" entre seus vários objetos.

As únicas propostas de limitação do poder do presidente da República de editar medidas provisórias efetivamente acatadas pelo deputado Leonardo Picciani foram a

que suprimia o trancamento da pauta e a que proibia sua revogação. Entretanto, até mesmo o acolhimento da proposta de supressão do travamento da pauta restou ambíguo no substitutivo do relator:

> Considerada admissível, ou não tendo sido apreciada a admissibilidade dentro do prazo, a medida provisória entrará em regime de urgência, passando a ocupar o primeiro lugar na Ordem do Dia do Plenário nas sessões ordinárias e extraordinárias (PEC n. 511/2006).

É difícil imaginar outro efeito da pretendida precedência das medidas provisórias senão o do trancamento da pauta. Ademais, o substitutivo do deputado Leonardo Picciani suprimiu a vedação constitucional da abertura de crédito suplementar por meio de medida provisória e acrescentou: "O projeto de lei de crédito suplementar e especial que, após decorrido o prazo de setenta e cinco dias de seu envio pelo Poder Executivo, não tenha sido incluído na Ordem do Dia do Congresso Nacional, poderá ser objeto de medida provisória".

No dia 16 de abril de 2008, o deputado Leonardo Picciani, do PMDB, apresentou uma complementação de voto, incorporando ao substitutivo anteriormente ofertado parte das propostas dos deputados Flávio Dino, do PCdoB, e José Eduardo Cardozo, do PT. Assim, o substitutivo do relator passou a dispor, de maneira persistentemente ambígua, que

> considerada admissível, ou não tendo sido apreciada a admissibilidade dentro do prazo, será indicado o relator para, em cinco dias, manifestar-se quanto ao mérito, bem como quanto à admissibilidade no caso de não apreciação, após o que a medida provisória entrará em regime de urgência, passando a ocupar, salvo deliberação contrária da maioria absoluta da Casa, o primeiro lugar na Ordem do Dia do Plenário nas sessões ordinárias e extraordinárias, não sobrestando a pauta de deliberação (PEC n. 511/2006).

O substitutivo do deputado Leonardo Picciani passou a conter ainda dispositivo permitindo ao presidente da República, dentro de determinado prazo, retirar medida provisória já em vigor e submetida à apreciação congressual.

Ao fim e ao cabo, o texto da PEC n. 511/2006 finalmente aprovado em primeiro turno pela Câmara dos Deputados em 17 de fevereiro de 2009 não representa qualquer avanço efetivo no sentido de limitar o poder legislativo do presidente da República em geral e sua prerrogativa de editar medidas provisórias em particular. Ao contrário, reduz o tempo que as Casas do Congresso Nacional dispõem para apreciar as medidas provisórias antes que elas passem a trancar a pauta e dá à maioria, em regra governista, a possibilidade de destrancá-la sempre que lhe convier.

Desde sua aprovação em primeiro turno, a PEC n. 511/2006 ainda não foi submetida à apreciação em segundo turno. Talvez por ter perdido a importância em face da decisão do então presidente da Câmara, deputado Michel Temer, do PMDB, proferida um mês depois, em 17 de março de 2009, nos autos da Questão de Ordem n. 411/2009, por força da qual as medidas provisórias não apreciadas no prazo constitucional apenas sobrestam as deliberações sobre matérias que possam ser objeto de medidas provisórias, não alcançando, portanto, PECs, PLPs, projetos de decreto legislativo (PDCs), PRCs e até mesmo PLs dispondo sobre matérias que não possam ser objeto de medidas provisórias.

Curiosamente, a contestação da decisão do presidente Michel Temer veio justamente dos deputados da oposição. Os deputados Fernando Coruja, José Aníbal e Ronaldo Caiado, respectivamente, líderes das bancadas do PPS, do PSDB e do DEM, impetraram um mandado de segurança junto ao STF, requerendo, cautelarmente, fosse o presidente da Câmara impedido de pautar PECs, PLPs, PLs, PDCs e PRCs até o julgamento definitivo do *writ*.[12] No início do processo de apreciação da PEC n. 511/2006 e suas apensadas, os deputados Roberto Magalhães e José Carlos Aleluia, do DEM, apresentaram emendas propondo a supressão do sobrestamento por medida provisória com prazo esgotado. Contudo, a partir de certa altura do processo, notadamente a partir da inserção no substitutivo do deputado Leonardo Picciani, do PMDB, por proposta do deputado José Eduardo Cardozo, do PT, de dispositivo que permitia à maioria afastar o sobrestamento, os democratas passaram a perceber que o fim do sobrestamento ou, sobretudo, a possibilidade de seu afastamento por deliberação da maioria enfraqueceria seu poder de obstrução. Já os tucanos, sempre na expectativa de voltar a governar, viam no sobrestamento um importante mecanismo de contenção da "irresponsabilidade fiscal" do Congresso Nacional. A liminar foi indeferida em 27 de março de 2009 (*cf.* Cautelar em Mandado de Segurança n. 27.931-1 Distrito Federal). Desde então, sem embargo de a pauta estar trancada por medidas provisórias com prazo esgotado, a Câmara dos Deputados vem apreciando, em sessões extraordinárias, PECs, PLPs, PLs dispondo sobre matérias que não possam ser objeto de medidas provisórias, PDCs e PRCs.

No decorrer de todo o processo de apreciação em primeiro turno da PEC n. 511/2006, que se arrastou por mais de três anos, as bancadas do PDT, do PPS, do PSDB, do PP, do PSC e do DEM foram as que se mostraram menos coesas. No outro extremo, as bancadas que se revelaram mais congruentes foram as do PT, do PMDB, do PR e do PRB, todas governistas e favoráveis ao substitutivo aprovado pela Comissão Especial. Em uma zona intermediária, comportaram-se um pouco menos consistentemente as bancadas do PCdoB, do PSB, do PV, do PSOL e do PTB.

As bancadas oposicionistas – do PPS, do PSDB e do DEM –[13] comportaram-se de modo menos coeso, notadamente na votação mesma do substitutivo da Comissão Especial, ocasião em que também foi verificada a maior porcentagem média de

incongruência das bancadas. As bancadas do PPS e do PSDB chegaram inclusive a mudar de posição, vindo a votar favoravelmente ao substitutivo.

O PSDB, como se sabe, já governou o país e sempre trabalha com a possibilidade de voltar a ser governo. Costuma, portanto, fazer uma oposição um tanto mais responsável. Além disso, no julgamento do assessor do PSDB entrevistado,

> a questão do sobrestamento da pauta por medida provisória é uma questão em debate, tanto nas bancadas governistas quanto nas bancadas de oposição. Nas bancadas governistas, é o poder do presidente de equilibrar a pauta. Nas bancadas de oposição, hoje isso tem como um antídoto para a permissividade do Parlamento. Hoje convém, em determinados momentos [...], a pauta estar trancada, para não se *ver* matérias indesejadas, em especial de aumento de despesa [...] O trancamento da pauta é uma estabilidade dada *pra* futuros governos (Entrevista realizada em 29/3/2010).

O PPS usualmente acompanhava o partido dos tucanos. Além disso, na avaliação do assessor do PPS entrevistado,

> no limite, ficou um pouco difícil de explicar *pra* sociedade porque *que* o PPS também era contra [...] A gente esticou a corda até aonde pôde. Teve um momento que estava difícil a gente explicar que era contra a reforma da medida provisória [...] Normalmente quem continua é o DEM, que faz uma oposição petista, *né*? (Entrevista realizada em 5/4/2010).

De fato, os democratas, de longe os menos consistentes durante todo o processo de apreciação em primeiro turno da PEC n. 511/2006, fizeram uma oposição igualmente menos consequente: estiveram à testa de quase todas as medidas obstrucionistas aparelhadas contra a votação do substitutivo e dos vários destaques.

Já as bancadas governistas, em sua grande maioria, comportaram-se de maneira mais coesa a favor do substitutivo da Comissão Especial, em que pesasse ao fato de integrantes de um número considerável delas, inclusive da bancada do PT, haver apresentado PECs ou emendas propondo a redução do poder do presidente de editar medidas provisórias. Com efeito, todas as bancadas governistas – apenas três de forma menos congruente: PDT, PP e PSC –, seguindo a orientação do líder do governo, votaram favoravelmente ao substitutivo e contrariamente a todos os requerimentos obstrucionistas e os destaques da oposição.[14]

2.3 Análise comparada

As bancadas partidárias da Câmara dos Deputados, em geral, comportaram-se de modo visivelmente mais coeso no processo de apreciação da PEC n. 511/2006, das

medidas provisórias, do que no do PL n. 1.210/2007, da reforma política. Enquanto o índice médio de incongruência nas votações referentes a esta última proposição alcançou 18%,[15] atingiu apenas 8% nas votações atinentes à primeira. Além disso, algumas bancadas evoluíram ao longo do processo de apreciação da reforma política proposta por meio do PL n. 1.210/2007: algumas de uma posição favorável para uma contrária à reforma – as bancadas do PPS, do PMDB e do PSDB; outras ganharam consistência – as bancadas do PT e do PSOL a favor da reforma e a bancada do PV contra; ainda outra perdeu solidez – a bancada do DEM favoravelmente à reforma.

Mas não apenas isso. Houve uma maior articulação entre as bancadas no processo de apreciação da PEC n. 511/2006 do que no do PL n. 1.210/2007. Aliás, na apreciação do PL n. 1.210/2007, não se percebeu qualquer articulação entre as bancadas partidárias: bancadas de esquerda ou centro-esquerda e de direita ou centro-direita, grandes e pequenas, governistas e oposicionistas, votaram umas favoravelmente e outras contrariamente à reforma política proposta.

Já na apreciação da PEC n. 511/2006, à exceção da fase de emendamento na Comissão Especial, desde o início do processo constatou-se uma clara articulação entre as bancadas partidárias: as bancadas governistas, de esquerda ou centro-esquerda, de centro e de direita ou centro-direita, grandes e pequenas, todas invariavelmente se posicionaram a favor do substitutivo da Comissão Especial, ao passo que se posicionaram contra o substitutivo todas as bancadas de oposição. A bancada do PSOL, independente em relação tanto ao governo como à oposição, alinhou-se com esta última contra o substitutivo.

Esse contraste verificado no comportamento das bancadas partidárias nos dois processos legislativos se explica sobretudo pelo fato aduzido pelo deputado Gerson Peres, do PP, no início da discussão do PL n. 1.210/2007: "Declarou o Presidente Lula que a reforma política é assunto dos Parlamentares e que o Governo não interferirá, porque essa é uma questão de consciência parlamentar" (PL n. 1.210/2007). A decisão do governo de não interferir no processo de apreciação da reforma política proposta por intermédio do PL n. 1.210/2007 foi posteriormente anunciada por seu líder na Câmara, ao liberar as bancadas que lhe dão sustentação naquela Casa: "Sr. Presidente, a liderança do Governo não tem posição sobre a matéria. Caberá aos partidos definir a situação política do País" (PL n. 1.210/2007). Na realidade, de acordo com o deputado Raul Henry, do PMDB, o governo estava sob forte pressão de vários partidos que compunham sua base de sustentação na Câmara:

> Houve inicialmente uma tendência pró-reforma política. O deputado Ibsen Pinheiro [PMDB] teve um papel... Posteriormente o tapete dele foi puxado aqui com a reorientação da bancada, com o pretexto de que isso ia criar problemas *pra* base do governo, que os partidos pequenos aqui da

> base do governo – o PP, o PTB, o PR – não queriam essa reforma. E colocar esse tema em votação, colocar esse tema na agenda daqui, ia criar problemas *pra* base do governo (Entrevista realizada em 11/5/2010).

Essa pressão exercida notadamente pelo PP, pelo PR, pelo PTB e por parte do PMDB – o grupo do Rio – sobre o governo foi confirmada pelo deputado Ronaldo Caiado, do DEM:

> Foi uma pressão para que o modelo não fosse alterado, comandada por uma rebelião na base do governo. Isso foi citado na reunião de líderes pelo PP, pelo PR, pelo PTB, com conivência do PMDB. Isso foi o fato que resistiu e que impactou negativamente a reforma. Eles ameaçavam sair da base do governo ou votar favoravelmente às CPIs. Essa é que é a realidade. Quem encabeçou, quem botou a cara para poder derrubar o projeto foram esses partidos, o PTB, o PR, o PP, aí acrescido com uma dissidência dentro do PMDB (Entrevista realizada em 5/5/2010).

Por sua vez, no que toca à PEC n. 511/2006, percebeu-se uma ostensiva atuação do governo tanto pela aprovação do substitutivo da Comissão Especial, que ampliava seus poderes de agenda, quanto pela rejeição dos destaques das bancadas de oposição, que pretendiam podar-lhe os excessos. Diferentemente do que aconteceu no decorrer do processo de apreciação do PL n. 1.210/2007, nas votações do substitutivo à PEC n. 511/2006 e de seus vários destaques, o governo nunca deixou de orientar as bancadas que lhe davam sustentação.

Fica, pois, evidente que as bancadas partidárias da Câmara dos Deputados se comportam internamente de maneira mais coesa e mais articulada entre si quando há um claro interesse do governo em jogo. Dependendo do grau desse interesse, o governo não costuma encontrar, no interior da Câmara dos Deputados, resistência importante a suas pretensões. Pelo menos foi esse o caso da PEC n. 511/2006. Todos os integrantes de bancadas governistas que haviam apresentado PECs conexas e inicialmente ofereceram emendas à PEC n. 511/2006 propuseram, de um modo ou de outro, a redução do poder do presidente da República de editar medidas provisórias. A despeito disso, uma vez iniciado o processo de apreciação pelo Plenário, todas essas bancadas – umas poucas de maneira incongruente, mas todas invariavelmente – passaram a votar de acordo com a orientação do líder do governo, a favor da manutenção ou mesmo da ampliação dessa prerrogativa do chefe do Executivo.

Ademais, o governo conseguia votos até mesmo dentro da bancada que mais se destacou na oposição ao substitutivo da Comissão Especial: a do DEM. Além de haver previamente atraído para suas fileiras – aliás, para bancadas que lhe davam sustentação, notadamente a do PR – 21% dos deputados eleitos sob aquela legenda,

o governo obtinha, a cada votação referente à PEC n. 511/2006, uma quantidade significativa de votos entre os democratas. Em uma das votações – a do destaque que permitiria ao presidente da República abrir créditos especiais e suplementares por meio de medidas provisórias –, o governo chegou a obter 35% dos votos da bancada do DEM.

Nesta quadra, vale destacar as reclamações feitas por deputados da oposição no decorrer do processo de apreciação da PEC n. 511/2006. O deputado Duarte Nogueira, do PSDB, protestou contra o fato de o governo estar "atropelando como um trator a Minoria" (PEC n. 511/2006). Denunciou, por sua vez, o deputado Paulo Bornhausen, do DEM:

> Temos um número de Deputados menor do que pressupõe a sociedade com relação às maiorias. A Oposição que está aqui hoje não é a que foi eleita pelo voto popular; ela era muito maior do que a que está aqui hoje. Porque houve uma migração de Parlamentares que foram eleitos por partidos de oposição (PEC n. 511/2006).

Considerações finais

Este trabalho procurou combinar uma explicação das ações dos deputados federais da 53ª Legislatura (2007-2011), a partir de elementos estruturais, sobretudo as constrições e as potencialidades objetivas inscritas nas estruturas partidárias, com uma compreensão das representações que esses parlamentares faziam da própria conduta.

Análises como a de Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (1999), além de ignorar essa dimensão subjetiva elementar, constitutiva da ação em geral e do comportamento parlamentar em particular, somente levam em conta as votações nominais em que não há unanimidade nas orientações dos líderes. Ora, o exame dos processos de apreciação do PL n. 1.210/2007 e da PEC n. 511/2006, objeto deste trabalho, deixa claro que a mera análise de atos isolados desses e de outros processos não é capaz de capturar aspectos elementares, constitutivos, envolvidos inclusive nas votações.

No curso do processo explicativo-compreensivo das ações dos deputados federais daquela legislatura, ficou evidente que o sistema político adotado no Brasil, sobretudo a combinação de presidencialismo com proporcionalismo de lista aberta, tem exercido considerável influência sobre o comportamento parlamentar.

As regras políticas vigentes têm concorrido – juntamente com outros fatores, notadamente culturais – para a formação de uma multiplicidade de partidos fracos, com pouca capilaridade social, identidade ideológico-programática e coesão. Essas agremiações, em geral, são constituídas de políticos individualistas, particularistas, personalistas e com longo histórico de migração partidária. Na 53ª Legislatura (2007-2011),

em que pesasse à decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (Resolução n. 22.610/2007), em resposta à Consulta n. 1.398/2007, do PFL/DEM, referendada pelo STF (Mandado de Segurança n. 26.602), por força da qual perde o cargo eletivo o mandatário que, sem justa causa, desfiliar-se do partido, somente as bancadas do PCdoB, do PSOL, do PMN e do DEM não receberam deputados eleitos por outras legendas. Respectivamente, 52%, 85% e 44% das bancadas do PR, do PRB e do PSC migraram de outras siglas. Partidos com essas características dificilmente conseguem fechar questão em torno de qualquer assunto. No processo de apreciação da reforma política proposta por meio do PL n. 1.210/2007, somente o PCdoB, o PT e o PSDB foram capazes de fazê-lo. Isso, no entanto, não garantiu que todos os integrantes das bancadas desses partidos na Câmara dos Deputados seguissem a orientação de seus líderes em todas as votações havidas. Tais partidos, igualmente, não têm pretensão de ser governo. Auferem maiores lucros posicionando-se na nebulosa região fronteiriça entre o governo e a oposição. Nas últimas eleições gerais, agremiações como o PMDB, o PP, o PR e o PTB não lançaram candidato ao cargo de presidente da República, havendo apoiado os diferentes grupos que se alternaram no governo.

A fragilidade, o pragmatismo e a incongruência dos partidos, bem como o individualismo, o particularismo e o apartidarismo dos integrantes de suas bancadas congressuais, são tamanhos que o governo, a cada votação importante, tem de negociar com sua base de sustentação, muitas vezes num plano individual. Como disse o deputado João Almeida, líder da bancada do PSDB em 2010,

> o sistema eleitoral nosso é péssimo, ele não atende as necessidades de constituição de uma base para o governo que se instala, seja ele federal ou municipal ou estadual, especialmente federal, para garantir governabilidade com qualidade. O que *que* eu chamo de governabilidade com qualidade? É fundada na realização de um programa de governo, *tá*? Quer dizer, a forma como se constitui essa maioria hoje, dada essa pulverização partidária, que resulta do nosso sistema eleitoral, é de muito baixa qualidade e é muito suscetível de mudanças de acordo com os humores momentâneos do Congresso, de certos grupos de pressão do Congresso. E os entendimentos que fazem os governantes com os partidos não dão estabilidade ao processo. A cada votação, há que se fazer uma nova negociação, não é? Garantir a participação dos partidos no governo, com posições de destaque, ministérios *etc.*, não garante nada. Nas votações, todas... a maioria das votações críticas, importantes, que significam mudança de rumo, reforma *etc.*, tem que negociar, e negociar com cada deputado, com cada grupo de pressão que se organiza aqui dentro. Isso é uma tragédia para o processo legislativo, para a governabilidade por conseguinte e para o governo poder realizar metas de médio e longo prazos (Entrevista realizada em 29/4/2010).

Na mesma direção, como se observou, a avaliação do deputado Fernando Coruja, líder da bancada do PPS na legislatura passada:

> Um dos principais problemas desse sistema eleitoral, como não há partidos e a pessoa não é eleita por uma lista partidária fechada, fica muito difícil *cê* ter aglutinação, mesmo que o partido decida uma coisa [...] as pessoas tendem a votar como elas querem. Não há uma responsabilidade com o partido. Não há uma responsabilidade com a mudança. O sistema eleitoral leva a uma irresponsabilidade do Parlamento. A única responsabilidade que o parlamentar tem [...] é com a própria reeleição. Ele não tem responsabilidade com o governo. Esse troço não é parlamentarista. Logo ele não tem responsabilidade. Ele não tem responsabilidade com o partido, porque ele não é eleito pelo partido. Ele tende a votar de acordo com os seus interesses, o interesse dos seus eleitores especificamente. Se ele é religioso, ele vai votar de acordo com a sua religião. Se ele representa uma corporação, ele vota com sua corporação. Ele não vota com o partido. Ele não vota com o partido, ele vota com a corporação, ele vota com a religião [...] Como não tem partidos, fica difícil ter coesão na votação [...] Cada parlamentar é uma instituição (Entrevista realizada em 28/4/2010).

Essa fraqueza dos partidos políticos se reflete na fragilidade das lideranças partidárias nas Casas Legislativas em geral e na Câmara dos Deputados em particular. Ao contrário do que acreditam Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (1999), em que pese aos instrumentos regimentais postos a sua disposição, os líderes partidários não influenciam, de modo decisivo, o comportamento das respectivas bancadas. Em primeiro lugar, essa estrutura de lideranças partidárias não está tão concentrada hoje quanto já esteve no regime militar e, mais ainda, no regime de 1946 a 1964. Além disso, as indicações que faz o líder costumam ser meramente formais. Com a escolha do líder, é comum já ficar definido quem participará dessa ou daquela comissão e, em alguns casos, quem presidirá a comissão tal ou qual. Até mesmo na reunião de líderes, a força da opinião de cada um é medida pela percepção de todos de quão representativa essa opinião é dos sentimentos da bancada. O parecer de líder que não é percebido como representativo dos sentimentos da maioria da bancada ou do grupo que controla a bancada não é usualmente levado a sério. Afinal, o presidente não quer correr o risco de submeter ao Plenário uma proposta que não tenha o apoio das principais forças políticas existentes na Casa. O mesmo se dá no que concerne às orientações dos líderes no Plenário. Como declarou o deputado Fernando Coruja, líder da bancada do PPS, "o líder, ele não chega lá e orienta sem conversar. Ele leva a orientação da bancada [...] A orientação é uma orientação de uma decisão coletiva

da bancada" (Entrevista realizada em 28/4/2010). O assessor do DEM, malgrado todo esforço para realçar a força da liderança da bancada dos democratas, deixou transparecer que o líder pode ser substituído caso ele contrarie a maioria da bancada:

> Sempre nas decisões polêmicas – sempre não, mas na maior parte das vezes –, o líder ouve a bancada nas reuniões de bancada de terça-feira [...] Geralmente, nos temas polêmicos, ele sempre consulta. E é prudente ele consultar, até *pra* ele não ser desautorizado e derrubarem *ele*, *pra* metade mais um, a maioria absoluta da bancada não se juntar e indicar outro líder (Entrevista realizada em 14/4/2010).

O assessor do PMDB resumiu bem o papel do líder das bancadas partidárias, notadamente as governistas: O líder está "ali *pra* atender a todos e não contrariar ninguém" (Entrevista realizada em 29/4/2010). Não foi por outro motivo que, depois de vir orientando a favor da reforma política ao longo de todo processo, ao final, na votação do grupo de artigos do substitutivo do deputado Ronaldo Caiado referente à lista fechada, os líderes do PPS e do PMDB sentiram-se compelidos a liberar as respectivas bancadas.

Em um ponto, pelo menos, Figueiredo e Limongi (1999) têm razão: o presidente da República e a burocracia governamental têm ocupado todos os vazios de poder que os partidos e as lideranças partidárias não têm sido capazes de preencher na estrutura do Congresso Nacional em geral e da Câmara dos Deputados em particular. Ademais de instrumentos constitucionais como a iniciativa exclusiva de algumas leis, inclusive as orçamentárias, a prerrogativa de atribuir urgência a projetos de lei de sua autoria e a edição de medidas provisórias com força de lei, por meio dos quais controla a pauta das Casas congressuais, o chefe do Executivo dispõe também de eficientíssimos mecanismos de cooptação de parlamentares: detém o controle do orçamento da União e de milhares de cargos de livre nomeação na administração pública, direta e indireta.

Com essas poderosíssimas armas em mão, o governo tem desempenhado um papel determinante na configuração do tabuleiro político na Câmara dos Deputados, atraindo para as bancadas dos partidos que lhe dão sustentação parlamentares eleitos por legendas de oposição. Na 53ª Legislatura (2007-2011), o PPS, o PSDB e o DEM perderam, respectivamente, 41%, 12% e 21% de suas bancadas de eleição, dos quais 100%, 88% e 93% migraram para partidos que integravam a base governista na Câmara, notadamente o PR. Vale realçar as palavras do assessor daquele partido: o PR "é um partido de apoio à base. Foi fundado *pra* isso. Teve o apoio do governo *pra* ter essa movimentação de deputados vindos *pra* cá" (Entrevista realizada em 9/4/2010).

Mas isso não é tudo. O governo tem influenciado até mesmo a escolha e a manutenção dos líderes das bancadas dos partidos que lhe dão sustentação naquela Casa.

Isso ficou bastante evidente nas entrevistas. De acordo com o deputado Miro Teixeira, do PDT, "as escolhas de lideranças passaram a ser mais... quando o partido está no governo, passaram a ser mais por essa afetividade do candidato com o governo" (Entrevista realizada em 6/5/2010). Segundo o assessor do PR, essa "afetividade" do líder com o governo é medida por sua habilidade em obter a liberação de verba:

> A liberação das emendas, que são um ponto principal, que é o combustível *pra* alimentar a satisfação dos deputados [...] Tanto que um dos principais trabalhos que é feito dentro da Liderança é isso, é o acompanhamento semanal *pra* ver "*Tá* liberando? Não *tá*? *Tá* empenhando? Não *tá*?" (Entrevista realizada em 9/4/2010).

Por exemplo, consoante o assessor do partido, o deputado Fernando Gabeira, líder natural do PV, não vinha comandando a bancada daquele partido na Câmara devido a suas "posições claramente antagônicas ao governo Lula em diversas áreas" (Entrevista realizada em 14/4/2004).

O poder que o governo exerce sobre as estruturas da Câmara dos Deputados, notadamente sobre as bancadas e as lideranças partidárias, inclusive de oposição, restou patenteado na análise comparada dos processos do PL n. 1.210/2007, da reforma política, e da PEC n. 511/2006, das medidas provisórias. Constatou-se ali que as bancadas partidárias, independentemente de seu posicionamento no espectro ideológico clássico ou em relação ao governo, comportaram-se internamente de modo mais coeso e mais articulado entre si no processo da PEC n. 511/2006 do que no do PL n. 1.210/2007, porque no primeiro processo legislativo, em que se pretendia pôr algum limite no poder do presidente da República de controlar a pauta das Casas do Congresso Nacional e, portanto, havia claro interesse do governo em jogo, este interveio vigorosamente. Nas bancadas governistas, essa intervenção se deu basicamente por meio das estruturas de liderança; nas bancadas de oposição, sobretudo na do DEM, diretamente, cooptando deputados personalistas, dependentes do governo.

Este trabalho, contudo, não se propôs a explicar/compreender somente a influência, sobre o comportamento da atual legislatura, do sistema eleitoral-partidário, notadamente o proporcionalismo de lista aberta, combinado com o sistema presidencialista de governo, em inter-relação com o poder de agenda do presidente da República, combinado com a centralização das atividades da Câmara nas mãos dos líderes partidários. Pretendeu explicar/compreender, igualmente, as ações dos deputados tendentes a reproduzir ou transformar esse estado de coisas. Aliás, foi sobretudo por meio da explicação/compreensão destas últimas ações que se buscou explicar/compreender a influência, sobre o comportamento parlamentar, daquelas combinações institucionais inter-relacionadas.

Como já se observou, o PL n. 1.210/2007 representou a mais importante tentativa de alteração das regras políticas na 53ª Legislatura. As lideranças das bancadas do PCdoB, do PT, do PPS, do PSOL, do PMDB, do PSDB e do DEM no começo se posicionaram a favor da reforma política proposta. O PCdoB, o PT e o PSDB inclusive fecharam questão nesse sentido. Já as lideranças das bancadas do PDT, do PSB, do PV, do PP, do PR, do PSC e do PTB desde o início eram contrárias. No caso específico do PDT, restou claro que havia uma diferença de posição entre a direção nacional do partido e sua bancada na Câmara, inclusive seu então líder, deputado Miro Teixeira. De acordo com o assessor do PDT, a direção nacional do partido era favorável aos principais itens da reforma política. Na contramão, o próprio deputado Miro Teixeira declarou ter disputado a liderança da bancada do PDT em 2007 com o objetivo de obstruir a reforma: "Eu disputei a liderança esse ano para trabalhar contra isso que se denominou de reforma política e não é nenhuma reforma política" (Entrevista realizada em 6/5/2010).

Com o início da discussão no Plenário, influenciado pelo grupo paulista o PSDB mudou de posição. O partido chegou até mesmo a outra vez fechar questão, daquela feita contra a reforma proposta. As lideranças tucanas se convenceram que as regras políticas vigentes de algum modo seriam mais favoráveis à formação de uma base de apoio à candidatura de José Serra a presidente da República. Alguns deputados do PSDB de outras regiões do país, entretanto, mantiveram-se favoráveis à reforma. Ao mesmo tempo, as lideranças do PP, do PR e do PTB, com a conivência da liderança do PMDB, crescentemente tensionada pelo grupo do Rio de Janeiro, comandado pelo deputado Eduardo Cunha, contrárias à reforma pressionavam o governo. Conforme relatou o deputado Ronaldo Caiado, do DEM, esses líderes partidários, em reunião com presidente da Câmara, ameaçaram deixar a base governista ou votar a favor das CPIs se o governo viesse a apoiar a reforma política proposta por meio do PL n. 1.210/2007, fato igualmente testemunhado pelo deputado Raul Henry, do PMDB. Com a mudança de posição do PSDB e com a crescente pressão do PP, do PR, do PTB e do grupo do Rio, os líderes do PSB e do PMDB ao final liberaram as bancadas. Resultado: a lista fechada foi rejeitada e com ela foi virtualmente arquivada a reforma.

Eis aí a expressão máxima da influência do sistema político sobre o comportamento parlamentar: partidos fracos, com pouca capilaridade social, identidade ideológico-programática e coesão, constituídos de políticos individualistas, particularistas, apartidários e governistas, bem adaptados, portanto, às regras políticas vigentes, não querem e dificilmente poderiam mudá-las.

Já no caso da PEC n. 511/2006, a principal tentativa da 53ª Legislatura (2007-2011) de pôr algum limite ao poder legiferante do presidente da República e assim equilibrar as relações entre o Legislativo e o Executivo, ficou evidente que o governo é a principal força mobilizadora das estruturas da Câmara dos Deputados. Diferentemente do processo do PL n. 1.210/2007, em que o governo não interferiu ao

menos abertamente, no processo de apreciação da PEC n. 511/2006, desde o começo da discussão no Plenário as bancadas partidárias se comportaram internamente de maneira mais coesa e mais articulada entre si: de um lado, as bancadas governistas, em geral mais congruentemente a favor do substitutivo da Comissão Especial, da lavra do deputado Leonardo Picciani, do grupo do Rio, que ampliava o controle do presidente da República sobre a pauta das Casas do Congresso Nacional, e contra os destaques das bancadas de oposição, que pretendiam podar-lhe os excessos, e, de outro lado, as bancadas de oposição, menos consistentemente contra os excessos do substitutivo. Irritado com a falha de seus líderes na Câmara, inclusive do então presidente Arlindo Chinaglia, em haver pautado uma matéria que era do interesse da oposição, o governo não mediu esforços para rapidamente fazer aprovar um texto que lhe favorecesse.

Assim, em que pese à fraqueza dos partidos e das lideranças partidárias, indubitavelmente a ingovernabilidade não figura entre os efeitos do sistema político adotado no Brasil. Resta saber, entretanto, se o preço pago – a excessiva concentração de poderes legislativos nas mãos do presidente da República e o consequente aviltamento do Congresso Nacional – é compatível com a democracia.

NOTAS

1 Financiamento de programas governamentais cujos benefícios são circunscritos a uma área particular, mas cujos custos são distribuídos a todos os contribuintes.

2 À medida que um dos termos da dicotomia estrutura/agência é tomado como elemento explicativo do outro, o pensamento social clássico e contemporâneo pode ser, *grosso modo*, dividido em dois conjuntos de perspectivas teóricas: de um lado, o conjunto de perspectivas objetivistas e estruturalistas, que, a despeito de discordarem sobre questões como a importância do consenso ou conflito no fluxo da vida social, centram sua análise nas coerções exercidas pelas estruturas sociais sobre a conduta dos atores individuais, caracterizando as propriedades de tais arranjos sociais como operando à revelia da vontade dos indivíduos; de outro lado, o conjunto de abordagens subjetivistas e individualistas, que focam nas diversas orientações subjetivas e procedimentos práticos de conduta intencionalmente mobilizados pelos indivíduos na produção da ação e da interação social, concebendo a ordem societária e suas instituições mais amplas como produtos contínuos e contingencialmente modificáveis das ações de tais agentes reflexivos.

Para Habermas (1988 [1967]), Bourdieu (2001) e Giddens (1986 [1984]), entretanto, essa dicotomização tem causado enormes prejuízos ao desenvolvimento da teoria social. Entendem esses autores, cada um a sua maneira, que um esforço de síntese teórica capaz de articular o plano das estruturas coletivas – dos padrões institucionalizados de conduta ou de relações que atuam coercitivamente sobre a formação/socialização e sobre a contínua ação dos

agentes individuais, estendendo-se pelas coordenadas tempo-espaciais mais amplas que conformam grupos ou sociedades inteiras e transcendendo as existências individuais – com o plano da ação – da conduta individual cotidiana e de seus motores subjetivos – é necessário à explicação/compreensão mais acurada da vida societária (*cf.* PINTO, 2013).

3 Certos assessores das Lideranças Partidárias têm acesso a informações reservadas. Além de participarem das conversas e negociações envolvendo os respectivos líderes e demais membros das respectivas bancadas partidárias, participam também das reuniões reservadas que o presidente da Câmara costuma manter com os vários líderes em seu gabinete para definir a agenda mensal, ordem do dia e estratégias de votação. Seu recrutamento e permanência na função dependem do grau de confiabilidade que os líderes e demais membros das bancadas neles depositam. Não falariam, portanto, senão sob a condição de anonimato.

4 Deputado Fernando Coruja, então líder da bancada do PPS: "Nós temos uma situação *sui generis*. O nosso partido é um partido de esquerda. Nós saímos do governo Lula e nós passamos... Evidentemente que, do ponto de vista de extrema lógica, não podemos ter sintonia fina com os democratas. Mas do ponto de vista de um grupo de oposição, aí a sintonia existe" (Entrevista realizada em 28/4/2010).

5 O PSOL, na verdade, assumia uma posição de independência em relação tanto ao governo quanto à oposição liderada pelo PSDB.

6 *Cf.* PINTO, 2011, p. 21-96.

7 A despeito da denominação, emenda aglutinativa é, na verdade, uma técnica de votação. Por isso mesmo, diferentemente das demais emendas (supressivas, aditivas e modificativas), é apresentada na fase de votação, não podendo, portanto, incluir matéria nova. Trata-se de uma fusão de diversos textos (proposição original, proposições apensadas, emendas etc.) pendentes de votação com vistas a facilitar a aprovação da matéria. Quando ela envolve todos os textos pendentes de votação, é denominada emenda aglutinativa substitutiva global.

8 (Não) coeso, (in)congruente, (in)consistente e suas variações são termos empregados neste trabalho para qualificar o comportamento das bancadas partidárias na proposição, emendamento, discussão e votação de matérias (*cf.* nota de rodapé n. 14).

9 Dos catorze deputados que o DEM perdeu na 53ª Legislatura, apenas um foi para um partido de oposição: o PSDB.

10 Dos oito deputados que o PSDB perdeu naquela legislatura, apenas um foi para outro partido de oposição: o PPS.

11 Para maiores detalhes, *cf.* PINTO, 2011, p. 101-154.

12 Fato ainda mais curioso: o então advogado-geral da União, hoje ministro do STF, Dias Toffoli, representando o presidente da República no processo em tramitação no STF, defendeu a decisão do presidente da Câmara e requereu a denegação da segurança.

13 Com as quais se alinhava a bancada independente do PSOL.

14 Para maiores detalhes, *cf.* PINTO, 2011, p. 155-198.

15 Percentagem não desprezível, considerando que o máximo de incongruência a que uma bancada pode chegar em uma votação "sim" ou "não" é de 50%. Por exemplo, no processo de apreciação do PL n. 1.210/2007, a bancada do PPS, que inicialmente era favorável à reforma política proposta, vinha apresentando os seguintes índices de incongruência nas votações nominais: 9%, 31% e 50%. Na última votação, a da lista fechada, ocasião em que o líder a liberou, a bancada do PPS apresentou um índice de 60%. Na verdade, a bancada, em sua maioria, mudou de posição em relação à reforma proposta: de favorável a contrária. No caso, o índice de incongruência da bancada do PPS, em seu novo posicionamento – contrário à reforma – foi de 40%.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMES, Barry. *The deadlock of democracy in Brazil*: interests, identities and institutions in comparative perspective. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000.

ARAÚJO, Caetano E. P. Reforma política: desenho de um debate. In: MESSENBERG, Débora; PINTO, Júlio R. S. et al (Orgs.). *Estudos legislativos*: pensamento e ação política. Brasília: Câmara dos Deputados, Senado Federal; UnB, 2008. p. 55-70.

BOURDIEU, Pierre. *Science de la science et réflexivité*. Paris: Raisons d'Agir, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.210, de 2007. Dispõe sobre as pesquisas eleitorais, o voto de legenda em listas partidárias preordenadas, a instituição de federações partidárias, o funcionamento parlamentar, a propaganda eleitoral, o financiamento de campanha e as coligações partidárias, alterando a Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=353741>. Acesso em: 10 jul. 2010.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 511, de 2006. Estabelece que a Medida Provisória só terá força de lei depois de aprovada a sua admissibilidade pelo Congresso Nacional, sendo o início da apreciação alternado entre a Câmara e o Senado. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=313951>. Acesso em: 10 jul. 2010.

FIGUEIREDO, Argelina C.; LIMONGI, Fernando G. P. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 1999.

GIDDENS, Anthony. (1984). *The constitution of society*: outline of the theory of structuration. Berkeley: University of California Press, 1986.

HABERMAS, Jürgen. (1967). *On the logic of the social sciences*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1988.

MAINWARING, Scott. Presidentialism, multipartism, and democracy: the difficult combination. *Comparative Political Studies*, v. 26, n. 2, p. 198-228, 1993.

_____; TORCAL, Mariano. Teoria e institucionalização dos sistemas partidários após a terceira onda de democratização. *Opinião Pública*, v. XI, n. 2, p. 249-286, 2005.

PINTO, Júlio R. S. *Poder Legislativo brasileiro*: institutos e processos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Sistema político e comportamento parlamentar*. Brasília: Consulex, 2011.

_____. O problema da relação estrutura/agência na teoria social e a possibilidade de convergência entre Habermas e Bourdieu. *Temática*, ano 21, n. 41, p. 197-217, 2013.

Júlio Roberto de Souza Pinto

Advogado.

Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília.

Professor do Mestrado em Poder Legislativo da Câmara dos Deputados.

Pesquisador visitante da Universidade de Duke (Carolina do Norte, EUA, de 2014 a 2015) e da Universidade de Oxford (Reino Unido, de 2010 a 2011).

Brasília – DF – Brasil

julio.pinto@camara.leg.br

RECEBIDO EM 17.12.2013 | APROVADO EM 26.10.2015

CONSTITUINDO A CONSTITUIÇÃO:
ENTRE PARADOXOS, RAZÕES E RESULTADOS

Bruno Meneses Lorenzetto e Katya Kozicki

CONSTITUTING THE CONSTITUTION: PARADOXES, REASONS AND RESULTS

RESUMO

O artigo tem como objetivo a identificação de paradoxos nos momentos constituintes, mas também na continuidade da tensão entre constitucionalismo e democracia. Tais paradoxos auxiliam na compreensão de problemas na jurisdição constitucional e nos processos de produção da Constituição. Eles também são identificados nas críticas à agregação de resultados nas formulações de decisões coletivas. No que diz respeito à realidade brasileira, analisa-se a aproximação de nossa tradição jurídica a elementos estruturantes do *Common Law*, assim como discute-se a não transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição constitucional; constitucionalismo; democracia; *ratio decidendi*.

ABSTRACT

The article has as its objective the identification of paradoxes on constituent moments, but also on the continuity of the tension between constitutionalism and democracy. Those paradoxes help on the comprehension of the problems related to the constitutional jurisdiction and on the processes of constitution making. They are also identified on the critiques directed to the aggregation of results on the formulation of collective decisions. In regard of Brazilian reality, it is analysed the approximation of our juridical tradition to structural elements of the Common Law, as well as it is discussed the non-transcendence of the determinant reasons on the decisions made by the Supremo Tribunal Federal.

KEYWORDS

Constitutional jurisdiction; constitutionalism; democracy; ratio decidendi.

Introdução

O problema da inicialização (*bootstrapping*),[1] do início de um processo autorreferenciado independente de fatores externos, do "fundador"[2] e seus similares, reporta a modos solipsistas de produzir justificações políticas e jurídicas. Tais estruturas argumentativas, que podem ser identificadas com maior nitidez em momentos constituintes,

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201527

nos quais ocorre uma verdadeira ruptura com as autoridades *autorizadoras*, encontram ao menos uma herança na prática jurisdicional, que é o manejo endógeno por parte da magistratura de justificativas na construção de decisões jurídicas. A prática autorreferenciada, quando realizada em conjunturas inaugurais, nos casos de formação de um novo ordenamento jurídico, não é tratada como um problema, ao contrário, faz-se necessária para sustentar o conjunto de normas que irão regular a comunidade política. Todavia, nos instantes de estabilização e produção contínua da jurisdição constitucional tal prática precisa ser questionada.

Uma das origens do problema da autorreferência das decisões pode ser identificada em modos de articulação entre constitucionalismo e democracia que levam à compreensão de um paradoxo subjacente em tal relação.[3] Se, de um lado, a tensão derivada da relação entre constitucionalismo e democracia é fundamental para a atualização da relação entre o mundo fático e o conjunto normativo, por outro lado, possui uma faceta negativa que é dimanada de teorias que procuram elevar os magistrados à condição de senhores absolutos da lei, com liberdade para produzir o direito em casos concretos.

O fio condutor do presente artigo está na identificação de tais paradoxos, tanto nos momentos constituintes como na continuidade da tensão entre constitucionalismo e democracia, o que permite o diagnóstico de dificuldades na jurisdição constitucional e nos processos de produção da Constituição advindos de sua gênese. Diante do entendimento de que a tarefa de produzir a Constituição se estende para além de seu ponto de partida e de que as Cortes Constitucionais passaram a ter papel de destaque como mediadoras de tal função, não é demasiado afirmar que se continua a produzir a Constituição por outros meios no momento em que os Poderes estão constituídos. Além disso, pode-se identificar um conjunto teórico que mimetiza o problema da autorreferência existente na origem, porém em cenários constituídos, e não constituintes.

No caso do Brasil, um dos temas que enfrenta tais dificuldades diz respeito à transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).[4] A doutrina da transcendência dos motivos determinantes das decisões procura fazer com que a eficácia dos julgados transcenda os casos singulares e possa vir a ser adotada na fundamentação de outros casos. A força vinculante da decisão não pode ser limitada, por isso, à parte dispositiva da decisão – estende-se aos fundamentos determinantes do julgado que o STF venha a proferir na realização do controle abstrato de constitucionalidade. Os fundamentos que consubstanciam as razões de decidir, *ratio decidendi*, têm o condão de vincular o Judiciário e também a Administração Pública. Da mesma forma que ocorre em Assembleias Constituintes, a não observância da *ratio decidendi* promove o duplo risco do recurso a argumentos autorreferenciados e do eclipsar das razões em favor dos resultados, porém em um cenário de Poderes estabilizados.[5]

O atual manejo de certas decisões proferidas pelo STF indica que a desconsideração das razões, com a diminuição ou desprezo da força normativa dos motivos determinantes, leva a um empobrecimento da jurisdição constitucional e se aproxima de um arriscado sistema binário de definição de resultados pela Corte. Isso só pode ser realizado quando o Poder acredita ter acesso – ainda que limitado – ao espaço vazio de poder, ao momento de inauguração da comunidade política, mesmo que isso não venha a ser respaldado por elementos de soberania popular.

Partindo-se do reconhecimento de que o Brasil vivencia um conjunto de reestruturações no Judiciário que indicam uma aproximação de nossa tradição jurídica a elementos estruturantes do *Common Law*, a necessidade de considerar as razões antes dos resultados não é apenas um meio de inibir paradoxos, mas também uma forma de restringir o solipsismo de certas decisões e recordar que a fundamentação não é um elemento acessório da decisão, mas seu cerne constitutivo. Além disso, é uma maneira de tornar os magistrados *responsáveis*, não necessariamente diante do povo, mas, certamente, perante suas próprias razões.

A metodologia empregada para a confecção do artigo pautou-se na investigação de documentos doutrinários, de precedentes e de normas. Tais elementos serviram de suporte para as considerações formuladas sobre o tema investigado.

1 Fundação

Perante o desenvolvimento de novas reflexões para a questão da fundação da ordem civil, bem como diante das crises na autoridade religiosa presentes na Reforma Protestante, no século XVI se fez possível esboçar os primeiros sinais de uma redefinição entre a política e a religião. No século XIX a presença dos significados religiosos ainda era determinante para averiguar as transformações políticas da sociedade. Entretanto, com o advento do século XX a fundação teológico-política das sociedades passou a ser negada de maneira mais contundente (LEFORT, 2006, p. 148).

Para Claude Lefort, a permanência do teológico-político não seria necessária se a democracia fosse capaz de se separar do passado. Por isso, o político – o lugar que o *novo* procura ocupar na modernidade – ainda carrega estruturas teológicas antigas. Assim, um dos principais elementos que o teológico e o político compartilham é a capacidade de fazer com que as pessoas consintam perante um regime, eles determinam a maneira do (dever) *ser* em sociedade. Por isso, a forma simbólica compartilhada pela pré-modernidade e a modernidade está justamente em suas respectivas capacidades de *instituir*, conferir um significado para a identidade social.[6]

O político refere-se à produção, à genealogia da sociedade, às diferentes formas em que a comunidade política se apresenta, abarca o modo de instituição da vida em sociedade, a organização do governo, a configuração dos espaços e do tempo (LORENZETTO, 2013). Em decorrência disso, a importância *reflexiva* do passado está no modo

como este é observado, internalizado, quais suas imagens presentes e, além disso, como ele produz aquilo que é definido como próprio da comunidade política (seus pactos, suas promessas).

A observação da existência de um "espaço vazio" no âmbito político, apresentada por Lefort, decorreu da constatação de uma série de dilemas a propósito da referência inicial de categorias centrais para a modernidade, como o Povo, o Estado e a Nação (LEFORT, 1991). Nos tempos modernos, o fenômeno da secularização impossibilitou o recurso à autoridade religiosa para a fundamentação dos poderes. Desse modo, a fundamentação foi deslocada de um espaço teórico para o seu exercício prático.

O "vazio de poder" não se estabeleceu na ausência de pessoas que viessem a almejar sua ocupação, mas pela existência de uma quantidade ilimitada daqueles que o pleiteavam, das inúmeras vozes que afirmavam ser detentoras do poder constituinte. Nesse cenário, a legitimidade precisou ser formulada em nome do povo, e o problema de quem são os devidos representantes do povo se tornou parcialmente indeterminado. Entende-se, contemporaneamente, que uma das funções do poder constituinte é a de manter tal problema em aberto, ou seja, permitir que inúmeras vozes pleiteiem a ocupação desse espaço de poder, não apenas pela ameaça da transformação do povo em argumento legitimador de práticas desconectadas com os representados, mas também pelo distanciamento entre representantes e representados.[7]

Trata-se, por isso, de um problema político clássico, o qual está refletido no desenvolvimento de formas de governo que tenham o condão de posicionar o direito acima dos homens ou, em outros termos, direcionar a (boa) lei para a formação de (boas) pessoas, cidadãos. Jean-Jacques Rousseau entendia que boas leis produziam bons cidadãos, mas também propugnava que boas leis apenas poderiam ser produzidas por bons cidadãos que, para serem legitimados, precisavam se reunir em assembleia.[8] Tal disposição gerava a dificuldade no sentido de que os cidadãos, reunidos em assembleia para formar um *novo* Estado, não teriam as qualidades morais necessárias para produzir boas leis, uma vez que eles haviam sido formados por instituições injustas. Por causa disso, Rousseau atribuiu ao legislador a função privilegiada de inspirar os novos cidadãos na produção de uma identidade coletiva, a qual permitiria que eles e seus descendentes fossem transformados em bons cidadãos.[9]

O referido paradoxo proposto por Rousseau enfrenta a circularidade argumentativa similar ao questionamento apresentado por Sieyès (1997): de onde advém a autoridade daqueles que se reúnem para constituir um *novo* governo? Uma vez que tais pessoas não são, ainda, cidadãos, não estão autorizadas para fazer aquilo que almejam – criar uma nova comunidade política, uma *nova* fonte de autorizações. A impossibilidade do recurso aos argumentos próprios da teologia política é percebida como uma das fontes do paradoxo.

No momento da formação de uma assembleia constituinte, na realização de grandes mudanças estruturais que venham a redimensionar a disposição das instituições e

da relação entre os poderes, em eventos de alta intensidade política, os questionamentos são (re)apresentados, ainda que em formas não tão diretas. Por isso, questiona-se, por exemplo, qual a origem da autoridade, da permissão, do poder para produzir um conjunto de leis que venham a redefinir o sentido de pertencimento à comunidade e os limites e funções das instituições públicas? Tais interrogações, habitualmente, não são invocadas no momento de produção da legislação ordinária, mas sim em instantes políticos constituintes, em momentos de criação de um novo Estado ou em casos de distensão entre os poderes. O paradoxo se estabelece ao colocar as leis acima dos homens e condicionar a validade das leis que eles estão promulgando a alguma fonte superior de autoridade.

A identificação do paradoxo não impede que decisões políticas substantivas venham a ser tomadas, mesmo em arenas onde a legitimação das decisões não possua adesão significativa dos outros agentes políticos ou dos representados. Aquilo que acaba por suceder é a tomada da decisão política e a busca pela formação da legitimidade através do conjunto de poderes constituídos. Uma vez que as Repúblicas não estão fundadas em apenas um momento histórico isolado, mas em uma progressiva discussão entre seus cidadãos, que moldam, ao longo dos anos, as identidades e diferenças que os constituem civicamente, a preservação e a emenda da fundação acabam por atribuir robustez política para a comunidade política (HOLMES, 1995).

2 Os paradoxos do direito e da política

O paradoxo da política é um dos problemas mais importantes da democracia, qual seja: como fazer o Poder pertencer ao povo? O problema está no fato de que o povo, na forma de multidão, não está habilitado para tomar todas as decisões importantes que a arena pública demanda (ROUSSEAU, 1923). Lida-se com o dilema de transformar a massa amorfa de uma multidão em um povo de um país.[10] Segundo Bonnie Honig, o paradoxo da política enfatiza a circularidade entre os autores e os sujeitos da lei, criaturas e criadores de direitos (HONIG, 2009, p. 3). O paradoxo, ao mesmo tempo que evidencia os limites do direito, demanda que nos tornemos responsáveis pelas leis, pela possibilidade da continuidade do conjunto de instituições que conformam a tessitura política.

Observa-se, portanto, que a invocação da categoria povo se conecta com a necessidade de legitimação ou, no mesmo sentido, de fundamento. Ralph Christensen afirma, nesse sentido, que:

> O povo igualmente aparece na teoria jurídica da democracia enquanto bloco. Ele é a pedra fundamental imóvel da teoria da soberania popular e fornece como lugar-comum de retórica a justificativa para qualquer ação do Estado. Nessa utilização *em bloco* o conceito de povo justamente encobre

> as diferenças que permitiriam distinguir entre retórica ideológica e democracia efetiva. (CHRISTENSEN, 1998, p. 35)

Não apenas isso, a utilização do conceito em questão – em nome do povo, soberania popular, a supremacia do interesse público – no campo jurídico ou político serve como forma de solapar as origens, os fundamentos, as fundações dos Estados, dos direitos e da própria representação política.

A "rachadura" constante nas teorias da soberania popular se expõe nos casos em que ocorre a conexão entre "povo" e "dominação" para a definição da democracia. A diferença entre os conceitos, contudo, é a de que o povo, observado como totalidade isolada, é amorfo e dele não é possível deduzir uma vontade. Aquilo que se faz possível extrair das estruturas de dominação é a formação de uma vontade particular, simbolizada pelos representantes políticos.

A alternativa para a lógica da dominação é a abertura para o processo contínuo de refundação e do estabelecimento da legitimidade a partir das diferenças. Christensen lembra que: "A distinção impura entre instituição e preservação da democracia já pode ser observada no seu começo, quando os revolucionários democráticos invocam um povo que ainda está por ser criado" (CHRISTENSEN, 1998, p. 40). Por isso, a interação entre o instituído e o instituinte conduz para um outro olhar perante a democracia, em que sua reprodução e fundamentação não encontram um fim, sem se autoatribuir a totalidade da vontade popular.

O paradoxo da política não se limita ao problema da fundação – de um povo, de um Estado, de uma instituição política – pois se torna uma indagação que é formulada na prática política cotidiana, em que os cidadãos precisam definir, através de disputas democráticas, qual é a vontade geral que irá guiar suas políticas públicas.

O paradoxo da política, em tais moldes, não pode ser solucionado pelo direito ou por instituições jurídicas, nem mesmo pode ser domesticado por normas universais ou cosmopolitas (HONIG, 2009, p. 3). Contudo, ao se refletir sobre a complexidade social que perpassa as atuais relações sociais, percebe-se que ao direito são atribuídas muitas outras tarefas que vão além da simples função de estabilização.[11] O exercício da soberania popular se realiza nessa clivagem, entre a indeterminação do momento político presente e a abertura para o novo.

Outra maneira aventada para solucionar o paradoxo da política é o recurso ao constitucionalismo. Os limites impostos por uma Constituição reduzem os danos que uma multidão amorfa pode vir a causar, como a episódica supressão de direitos e garantias fundamentais motivada por paixões ou por agendas fundamentalistas (a supressão da liberdade religiosa em nome de uma religião majoritária). Em tais circunstâncias, a tensão que se desenvolve não é mais entre a soberania popular e a vontade geral do povo, mas entre a democracia e o constitucionalismo.

O cerne dessa tensão está no controle de constitucionalidade. A ideia, apresentada

em um primeiro plano, é incômoda: pois como o governo pode explicar ou justificar uma prática aparentemente não democrática por parte do Judiciário em que produções populares e democráticas (leis) são submetidas a um "teste" de juridicidade por meio de uma lei superior (Constituição)? A busca por harmonizar os dois lados envolve polos que acabam por se encontrar radicalmente comprometidos: a defesa do ideal de um governo limitado por normas (constitucionalismo) e o ideal de um governo exercido pelo povo (democracia).[12]

Nos moldes primários da dicotomia, a democracia se apresenta como o espaço do autogoverno, o povo de um país que toma decisões substantivas sobre as formas e os conteúdos que definem seu espaço compartilhado intersubjetivamente, sua comunidade, o mesmo povo que decide (autonomamente) as regras que definem sua associação política. O constitucionalismo se expõe, por sua vez, como o meio previamente estabelecido por uma norma superior pelo qual são realizados processos de tomada de decisão coletiva. A Constituição é a lei que define o processo legislativo (*law of lawmaking*), controla o processo de produção legislativa, as leis que venham a ser integradas no ordenamento jurídico, definindo os atores legitimados para sua produção e os seus procedimentos. Frank Michelman aduz que também faz parte do constitucionalismo o entendimento de que as leis fundamentais (ou uma parcela delas) são intocáveis por políticas majoritárias (MICHELMAN, 1999, p. 6).

No que tange à democracia, observa-se ao menos duas grandes variações: a primeira apresenta-se como um problema do povo que já dispõe de direitos específicos, a perspectiva substancialista; a segunda variação, procedimentalista, trata a democracia como uma questão dos procedimentos usados para decidir quais direitos as pessoas devem possuir.[13]

Michelman entende que as duas variações estão preocupadas em lidar com o problema rousseauniano de encontrar uma forma de associação política, definir arranjos institucionais para a produção legislativa em que cada indivíduo mantém seu autogoverno, resguarda sua própria capacidade de decidir as direções éticas de sua vida, tem a possibilidade de definir e regular essas escolhas substantivas (ROUSSEAU, 1923).

Isso também pode ser observado como meio para a promoção do autogoverno, em que cada indivíduo manifesta suas razões e, eventualmente, desenvolve identificações com as vontades políticas ou com as leis, assim como outros atos derivados de atividades coletivas, tratando tais atos como "próprios". Desse modo, o indivíduo sai de sua relação puramente solipsística, se identifica reflexivamente com os atos externos do *mundo* compartilhado com a pluralidade de pessoas e trata a atividade como "sua".

Deve-se considerar que as instituições são criações sociais e que a produção legislativa acaba por incorporar manifestações de diversos grupos que compõem a sociedade – em países que respeitem a democracia e a pluralidade. Ademais, a própria definição de democracia pressupõe, em termos mínimos, que discussões sejam realizadas e que estas sejam instrumentalizadas em forma de votações, nas quais *todos*

possam participar em iguais condições formais. Assim, aqueles que preenchem os requisitos para serem considerados cidadãos da comunidade política podem se habilitar para exercer seu direito de votar e ser votado, de decidir questões substantivas da coletividade.

Dá-se mais um passo no sentido da compreensão de que não é apenas a artificialidade do processo representativo que demanda atenção, mas também a artificialidade da legislação com pretensão de universalidade. Ou seja, o respeito ao limite fático quando se constrói um ordenamento normativo, o qual é tratado como o espelho da vontade de uma coletividade. Tal espelho não pode ser abrangente o suficiente para refletir a vontade individual de, por exemplo, oito milhões de pessoas que moram em uma cidade. Por isso, a construção legislativa acaba por utilizar termos abstratos e generalizantes e suas razões tendem a responder às demandas da *vontade geral* e não ao agregado que caracteriza a *vontade de todos* (ROUSSEAU, 1923).

Para Dworkin, a definição de democracia pressupõe valores substantivos "*a priori*", de acordo com os direitos que um país define como fundamentais, que podem conter ou não fins e valores democráticos (DWORKIN, 1985). Alguns critérios precisam ser observados: o afastamento da noção de castas sociais, a garantia de direitos políticos amplos e iguais, a prevenção de discriminações arbitrárias e do uso opressivo do poder do Estado (direitos negativos), e, ainda, a garantia das liberdades de pensamento, expressão e associação, bem como da independência moral e intelectual de cada cidadão.

Para Dworkin, entregar ao judiciário a autoridade "final" para definir o sentido de cláusulas constitucionais de forma mais concreta não leva necessariamente a um arranjo antidemocrático. Pois a democracia estaria garantida em seus níveis elementares nos textos normativos e, uma vez que existe um compromisso com a democracia, este não pode ser sustentado apenas por meio de princípios abstratos, eles precisam ser concretizados através de interpretações de acordo com o conjunto normativo previamente estabelecido. Outro aspecto que acaba por ser referenciado é a possibilidade de o povo decidir, através de mecanismos democráticos, todas as questões políticas que emergem na comunidade.[14] Existe um amplo espectro de questões que não apenas podem, mas *devem* ser submetidas aos processos democráticos de decisão pelo povo, através de manifestações diretas ou por meio de seus representantes.

Contudo, o problema não está nesse espaço, mas no núcleo duro do sistema normativo, na possibilidade da decisão sobre os direitos fundamentais, aqueles mesmos que habilitam a arquitetura da comunidade política que busca conciliar a existência de um conjunto de normas com a democracia. Ou seja, a possibilidade de uma decisão sobre o desenho institucional da comunidade política, que resguarda valores substantivos ao impor limites à atuação do governo, como a distribuição de competências e funções e através de um rol de direitos fundamentais, dentre os quais está elencada a própria democracia.

A perspectiva de Dworkin sobre a democracia leva à exclusão das leis fundamentais do domínio dos procedimentos democráticos, elas não se submetem aos processos deliberativos regulares existentes na comunidade (DWORKIN, 1985). Deve-se lembrar que, no momento da aplicação da norma aos casos concretos, sempre existirá algum grau de interpretação dos signos linguísticos disponíveis na gramática normativa e a construção constitucional será o produto da hermenêutica de cláusulas constitucionais, de precedentes e da doutrina. Por isso, Dworkin defende a *leitura moral* das cláusulas centrais da Constituição que garantem direitos que se apresentam de forma abstrata.[15]

A teoria da leitura moral sofre, porém, com o seguinte problema: os agentes habilitados para realizá-la são justamente aqueles que estão distanciados da realidade política e, a não ser que deixem de lado o tribunal pela tribuna e desvirtuem sua própria função burocrática, não irão desenvolver a *sensibilidade* para a resolução dos problemas morais ou de valores.

Para Dworkin, um Judiciário independente pode garantir condições racionais para que o indivíduo identifique suas ações políticas com as produções legislativas da comunidade política. Tal formulação procura resolver a lacuna que existe entre a produção legislativa com pretensão de universalização e a perspectiva subjetiva individual apostando nos direitos e no papel do Judiciário em resolver conflitos. A garantia do autogoverno para todos é assegurada pelo Judiciário. O controle de constitucionalidade surge, por isso, como o instrumento que, se bem conduzido, pode resolver o problema da dificuldade contramajoritária.[16]

A democracia continua a se atrelar a uma ideia normativa, a uma substância, por mais que seu conteúdo possa ser objeto de disputas. A democracia, em seu núcleo duro, demanda procedimentos para a tomada de decisões coletivas, para que os *muitos* possam decidir, ou seja, orientar as *ações* realizadas na esfera política. Uma decisão política não pode ser tratada como democrática se determinado conjunto de valores não é observado.

O constitucionalismo defende, diante desse cenário, que o governo seja submetido às razões expressas nas normas, estabelece valores *a priori*, os quais não são negociáveis e irão formar os princípios basilares do sistema normativo. Para Jürgen Habermas, tais elementos garantem a base do constitucionalismo, a cultura política compartilhada entre cidadãos que se reconhecem como membros da *polis* (HABERMAS, 1998). Trata-se dos compromissos, das *promessas* constitucionais que uma comunidade política realiza para si própria. Há uma evidente aposta, nessa esfera, na possibilidade da conquista da liberdade através das leis, a qual leva novamente ao paradoxo da democracia.

Para formar um Estado democrático de direito, ante a insuficiência democrática do puro Estado de direito, deve-se não apenas reconhecer a importância da tensão existente entre aspectos democráticos e constitucionalistas na organização da vida

coletiva, mas, de igual maneira, assumir a importância dos paradoxos constitutivos de toda comunidade política. Com isso não se busca solapar o conjunto presente de organizações políticas, porém apontar indicativos das razões do paradoxo originário da política.

3 Processos e substâncias

Nessa seara, o conceito de democracia deliberativa foi revisitado, pois o desafio que ela procura enfrentar é o de reconciliar o direito e a política, de forma a produzir resultados legítimos derivados da participação dos membros da comunidade política, que apresentam suas diferentes razões para determinar a edificação de uma identidade constituinte (HABERMAS, 1996).

A partir disso, Jon Elster afirma que assembleias constituintes podem envolver a democracia deliberativa de duas formas: primeiro, por meio de delegados eleitos democraticamente que irão produzir a Constituição formal; mas também a democracia deliberativa pode ser apresentada como um objetivo a ser alcançado pelos constituintes, como foi o caso dos pais fundadores nos Estados Unidos (ELSTER, 1999, p. 97).

Em contextos de deliberação, ameaças baseadas na força são inadmissíveis, não pelo fato de que elas são baseadas no autointeresse, mas porque aquilo que deve prevalecer é a razão, são os argumentos racionais apresentados pelos participantes da coletividade. Assim, fornece-se o privilégio para aqueles que vencerem a deliberação e não a "queda de braço". Um dos principais argumentos de Elster é que a estrutura deliberativa pode contribuir para a definição dos resultados, independentemente dos motivos que levam os participantes até a arena deliberativa (ELSTER, 1999, p. 104).

Logo, as deliberações sobre a produção de Constituições demandam a formação de um espaço que garanta a própria deliberação. Esse procedimento deve ir além da pura agregação e registro de votos. Outra característica desse espaço deliberativo é que as assembleias constituintes tendem a negar a presença de autoridades superiores que venham a limitar, por meio de procedimentos ou conteúdos, as deliberações que serão realizadas (ELSTER, 1999, p. 106). Contudo, nem sempre é possível observar uma completa "liberdade inicial" para a produção da Constituição.

Trata-se da incorporação das razões comunicativas de Habermas, com sua pressuposição pragmática de que todas as interações humanas são mediadas pela linguagem, logo, elas possuem como finalidade a construção de uma compreensão compartilhada no contexto em que tais interações ocorrem (HABERMAS, 1994). A teoria do discurso apresenta os procedimentos e os pressupostos comunicativos da formação de opiniões e vontade em termos democráticos, como os pontos mais importantes para a racionalização discursiva das decisões de uma sociedade.

A ideia de uma comunidade política organizada pela democracia deliberativa possui como virtude, na perspectiva de seus defensores, a capacidade de conciliar a

autodeterminação política e a vida em comunidade. Assim, a democracia deliberativa é uma forma de organizar a comunidade política que, ao demandar justificações aceitáveis pelas outras pessoas que compõem a comunidade, garante a autonomia política de cada um manifestar suas opiniões.

Ela não nega que a vida política conjunta possua aspectos coercitivos, porém demanda razões daqueles que são governados por decisões coletivas que divergem destas decisões. Eles precisam apresentar suas razões em termos de valores políticos que melhor se adequariam para organizar a esfera pública. Joshua Cohen explica que a democracia deliberativa permite a "adesão plena" à comunidade política, pois não se trata apenas da igualdade na comunidade no sentido da submissão ao poder, mas também no sentido da possibilidade do exercício do poder pelos cidadãos (COHEN, 1999, p. 222-223).

Observa-se, com isso, a importância que decisões coletivas legítimas passaram a ocupar no cenário contemporâneo na busca pela legitimação da ordem política. Trata-se da ação dos *designers* institucionais na construção dos fundamentos de um espaço público deliberativo, em que o processo de tomada de decisões pode ser aprimorado e, dentro dessa perspectiva, também a qualidade da democracia.

Uma maneira procedimentalista de se aproximar dessa questão ocorre através da redução da exposição dos agentes que tomam decisões a fatores que promovam distorções comunicacionais ou cognitivas. Isso é o que pode ser chamado de *design negativo* (ESLTER, 2013, p. 12), o qual pode ser observado na busca da retirada de obstáculos para a tomada de boas decisões políticas. O *design negativo* pode ser utilizado tanto em decisões das Cortes como em decisões políticas de assembleias.

De acordo com Roberto Gargarella, a construção conceitual dos pais fundadores que os levou a depositar suas esperanças no Judiciário residia justamente no caráter contramajoritário que os magistrados poderiam exercer (GARGARELLA, 1999, p. 269). Como os membros da Suprema Corte são eleitos de maneira indireta, membros dos setores minoritários (os proprietários) poderiam ocupar esse poder e defender suas perspectivas. Como presumiam que todos são motivados pelo autointeresse, logo, as minorias seriam protegidas, uma vez que os juízes buscariam proteger o seu próprio grupo.

É muito provável que, de fato, a motivação original dos pais fundadores fosse enredada por um interesse que é tratado contemporaneamente como egoísta, o qual levou à construção de mecanismos de governos que pudessem dar guarida aos interesses de poucos, como a propriedade privada. Contudo, a função contramajoritária das Cortes foi, com o tempo, deslocada da proteção dos poucos proprietários para minorias não representadas politicamente – o que não é, definitivamente, o caso dos poucos proprietários –, ou seja, atores políticos marginalizados da sociedade civil ou impedidos de ocupar espaços de poder substantivos na comunidade política, nas posições de déficit representativo da comunidade política.

No que tange às assembleias constituintes, percebe-se uma especificidade por elas poderem decidir sobre o seu próprio procedimento para a tomada de decisões. Característica que tende a ser comum a todas as constituintes é a negação de autoridade a figuras exteriores – quem não pertence ao nós ou ao povo não tem garantia de vez e voz nas deliberações que determinam a produção constituinte. Exceções podem existir nos casos em que o povo precisa se reconstruir sob a intervenção de um Estado estrangeiro. No caso dos pais fundadores dos Estados Unidos, eles enfrentaram o problema de *decidir* como decidir. A questão se apresentou com celeuma pois os delegados reunidos tiveram de resolver se cada Estado teria um voto, cada delegado teria um voto ou cada Estado teria um voto proporcional à sua população. Aquilo que acabou por prevalecer foi que cada colônia ou província teria um voto (JENSEN, 1959, p. 59).

Enquanto no plano externo as constituintes tendem a restringir as influências de atores políticos internacionais no seu processo de autodeterminação, no plano interno as constituintes adotam postura distinta. Em muitos casos, as decisões procedimentais que restringem decisões substantivas de uma coletividade são determinadas por corpos externos, como no caso do controle de constitucionalidade. Como observa Elster, a decisão sobre *como* decidir e *quem* decide são próximas, porém, distintas (ELSTER, 2013, p. 24). Ambas podem levar a questionamentos infinitos, mas *quem* decide pode ser resolvido com a *autofundação* da assembleia (ELSTER, 1994, p. 28).

Ainda, o processo coletivo de tomada de decisão deve ser pensado como a interação horizontal entre diferente indivíduos; desse modo, ficam excluídas as formas de decisão impostas ou ditatoriais (ELSTER, 2013, p. 28). Porém, na prática, a distinção entre o processo de tomada de decisão de um coletivo e de um ditador pode galgar tons cinzentos – eis que um membro de uma coletividade pode dominar a entidade por anos e sempre vencer em todas as decisões, assim como um monarca pode ser apenas um adereço figurativo de determinada identidade nacional, sem qualquer poder de decisão efetivo, mas com o caráter simbólico de promover a reunificação da nação.

Mas como podem ser formulados bons processos de tomada de decisão coletiva? Aspectos diversos podem ser observados, como: decisões boas no processo de sua elaboração, ou seja, são garantidos procedimentos adequados para a decisão; decisões boas para aqueles que estão decidindo, em que o resultado dos processos decisórios agrada aos atores políticos que formularam a decisão; e decisões boas para seus destinatários, isto é, as pessoas que irão sofrer as consequências fáticas da alteração do mundo que a decisão irá promover.

Isso pode ser observado na decisão dos pais fundadores dos Estados Unidos na definição de quem teria direito ao voto. Eles realizaram, nos termos de Alexander Keyssar, uma importante façanha de reunião ideológica ao defender uma política não igualitária em termos igualitários.[17] Portanto, aquilo que estava enredado no plano

subjetivo dos pais fundadores eram seus interesses particulares, porém eles apelaram para os interesses dos destinatários de suas decisões – os futuros eleitores: brancos e proprietários – para decidir tal questão.

Sabe-se que a votação por maioria é um instrumento frágil para a determinação da vontade geral. De acordo com Elster, não se trata de uma questão de incoerência, uma vez que o método da maioria é coerente, mas de um problema de *informação* (ELSTER, 2013, p. 39). A votação por maioria é limitada pois o máximo de seu alcance é "um ou outros", pode-se votar em uma política pública ou em outra, em um candidato ou em outro. Uma forma de remediar o problema é o aprimoramento dos procedimentos decisórios.

4 Constituindo a Constituição pelo Judiciário: entre razões e resultados

Em um sermão controverso, o bispo de Bangor, País de Gales, Benjamin Hoadly afirmou que: "whoever has an *absolute Authority* to *interpret* any written, or spoken Laws; it is *He*, who is truly the *Law-giver*, to all Intents and Purposes; and not the Person who first wrote, or spoke them".[18] A preocupação do bispo estava na ausência do Autor das escrituras e no fato de que os intérpretes poderiam se tornar *soberanos*. Hoadly era um advogado do direito dos revolucionários contra governos abusivos, além de que sua defesa, feita a pedido do rei George I, era a de que não existia uma justificação bíblica para qualquer governo da Igreja: esta estava identificada com o Reino dos Céus (Heaven), logo, não pertencia a este mundo, de modo que Cristo não havia delegado sua autoridade para nenhum representante terreno. Pode-se observar, novamente, o afastamento da teologia política, porém, agora, com origem em instituições religiosas e com finalidades diversas.

Na sequência dessa tradição, John Chipman Gray (1909, p. 120) e o Justice Oliver Wendell Holmes argumentavam que os juízes, e não os legisladores, eram os verdadeiros criadores de leis, adotando vetor no sentido inverso daquele sugerido por Rousseau, que atribuía ao legislador o papel de produtor de futuros cidadãos. Entendia-se que os juízes "davam vida" para a letra morta das leis, pois as leis precisavam de um intérprete e seu sentido era declarado pelas Cortes. Além disso, no possível embate entre o juiz e o legislador, o magistrado possuiria a "última palavra". Pois, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em um conjunto de casos, afirmou ser a última intérprete da Constituição.[19]

Keith Whittington lembra que o poder de controle de constitucionalidade não é uma criação que pode ser derivada dos "Pais Fundadores" – eles, assim como o bispo Hoadly, não imaginavam que o Judiciário viesse a possuir uma "autoridade Absoluta" para realizar interpretações e, mesmo em *Marbury v. Madison* (1803), o dever de o Judiciário dizer aquilo que a lei é, e o seu respectivo poder para interpretar a Constituição,

eram modestos (WHITTINGTON, 2005, p. 118). A preocupação acerca da possibilidade de as Cortes se tornarem soberanas quando vinculadas à tarefa de interpretação da Constituição e de realização do controle de constitucionalidade auxilia não apenas no entendimento da relação entre constitucionalismo e democracia, mas também na análise da prática efetiva das decisões e de suas argumentações.

Enquanto os federalistas observavam uma separação clara entre o Legislativo e o povo (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003), nas gerações subsequentes se passou a compreender que o Legislativo era uma extensão do povo, enquanto a prática do Judiciário de declarar leis inconstitucionais se tornou antagônica com a "manifestação da vontade" popular. Diante da desconexão entre constitucionalismo e soberania popular, defluíram dificuldades na justificação da interpretação da lei por uma autoridade judicial forte, a qual se distanciou do povo.

A prática do controle de constitucionalidade e sua tensão com a democracia produz, ao menos, dois tipos de questionamentos. O primeiro, identificado por Alexander Bickel, é a dificuldade contramajoritária,[20] perspectiva na qual a declaração de inconstitucionalidade de leis, as quais possuem como pressuposto a legitimação democrática, torna-se a obstrução da manifestação da vontade pelo povo.

O segundo problema é o do "governo pelo Judiciário". A preocupação está na possibilidade de os juízes legislarem ao tomar decisões discricionárias sobre questões políticas. Logo, ao interpretar a Constituição, os juízes podem ser vistos como exercendo uma prática antidemocrática não apenas por obstruir a vontade do povo, mas por atuar no lugar dos legisladores, ao tratar de assuntos que não estão explicitados no texto constitucional ou estabelecer dispositivos normativos não previstos pela Constituição (WHITTINGTON, 2005, p. 121).

Desse modo, a produção constituinte pode ser vista como um momento estendido de acordos incompletamente teorizados em larga escala (SUNSTEIN, 1995). Chega-se a *consensos* sobre a positivação de valores, de instituições burocráticas que irão definir o *design* da máquina estatal, mas a palavra *final* sobre a teoria que preenche os institutos é deixada em suspenso, na maioria dos casos, não pode ser alcançada.

Outra questão que precisa ser enfrentada na formulação de decisões coletivas é a capacidade de os atores políticos manipularem, de maneira estratégica, os próprios procedimentos para alcançar os resultados que eles desejam. São métodos indiretos em que, apesar de as regras do jogo não permitirem alcançar determinado resultado, se procura mudar o próprio jogo ou apelar a uma instância externa.

Mudanças casuísticas nas leis eleitorais podem ser observadas na França, mas também na política brasileira; por isso, o princípio da anualidade guarda sua importância instrumental negativa de atrasar ataques legislativos "eleitoreiros". A redistribuição estratégica de distritos para favorecer certo partido ou grupo político é prática observada nos Estados Unidos, conhecida como *gerrymandering*, e procura antecipar vantagens políticas ao manipular as fronteiras eleitorais (TUSHNET, 2009, p. 64).

Porém, o próprio Judiciário pode ser alvo das manipulações oportunistas. O presidente francês Valéry Giscard d'Estaing facilitou o acesso a recursos para o Conselho Constitucional em 1974, tendo em vista que, se a direita se tornasse minoritária, ela teria no Conselho uma via de escape contra um potencial domínio futuro da esquerda no país. Tal manobra não é exclusiva da direita francesa, os comunistas na Hungria decidiram que, com o fim do comunismo, seria criada uma Corte Constitucional forte, a qual serviria como meio de proteção de represálias ante a perda de seus poderes.[21]

Percebe-se, com isso, que as instituições possuem a faculdade de determinar preferências em termos normativos. Logo, os processos de tomada de decisões coletivas precisam, na medida do possível, ser blindados contra os interesses pessoais daqueles que tomam as decisões. Contudo, a tentativa de blindagem contra os interesses pessoais nem sempre consegue se realizar de maneira adequada.

Por isso, busca-se implementar mecanismos institucionais que inibam a produção legislativa que tenha como finalidade enriquecer os próprios parlamentares ou mecanismos que evitem que parlamentares recebam propina para votar. Assim, procura-se afastar as decisões de interesses particulares, de modo que o *design* institucional possa favorecer instrumentos negativos por meio da publicização dos processos.

Dessa maneira, o próprio uso de argumentos que se destinam ao interesse público, em vez de ser autointeressado, precisa enfrentar barreiras nos modos de ação política, por meio dos limites da imperfeição e da consistência (ELSTER, 2013, p. 92). Quando um agente político se utiliza de um determinado argumento voltado para o interesse público, torna-se difícil para ele abandonar o mesmo argumento no futuro, ainda que os políticos não precisem guardar coerência profunda em suas argumentações.

Logo, não apenas a Constituição importa,[22] mas também o processo que definiu a sua adoção. Mesmo que os processos que a comunidade política tenha decidido para definir sua organização não necessariamente sejam derivados do *texto* constitucional, as Constituições são necessárias para prevenir aqueles que estão no poder de usar seus poderes para manter suas posições políticas permanentemente.

Deve-se observar que, em termos contemporâneos, é muito improvável aceitar a produção de uma Constituição (ou de uma Constituinte parcial) que não envolva discussões públicas, inclusive para trazer à tona posições políticas sub-representadas (ARATO, 2000, p. 250). Porém, os próprios parlamentares precisam ter a garantia da sua liberdade para deliberar; por isso, procedimentos que habilitem, ao mesmo tempo, os parlamentares e o povo na *constituição* da Constituição precisam ser articulados.

Deve-se lembrar que várias instituições constituem corpos que continuam a tomar decisões. Elas não são formadas para tomar apenas uma decisão e se dispersar. As Cortes Constitucionais servem de exemplo nesse sentido, eis que suas decisões têm o potencial de formar precedentes com o poder de vincular decisões futuras, e, em menor escala, remodelar diretamente aspectos determinantes da comunidade política.

Uma das variáveis no aperfeiçoamento dos procedimentos é se as decisões são tomadas de acordo com os resultados que elas irão produzir ou de acordo com princípios que orientam a instituição. O primeiro é tratado como um procedimento fundado na conclusão, enquanto o segundo é tratado como um procedimento fundado nas premissas. A partir dessa distinção, Elster sugere o resgate do "paradoxo de Poisson" (ELSTER, 2013, p. 63).

Se os juízes seguirem os processos de tomada de decisão baseados na conclusão, o acusado será inocentado; porém, se eles decidirem de acordo com o voto da maioria, o acusado será condenado. O paradoxo pode ser apresentado por meio de três perguntas: i) X traiu Y?; ii) trair alguém significa violar um direito?; iii) X é culpado? O juiz 1 responde "sim" para as três questões. O juiz 2 responde "sim" para a primeira e "não" para as outras duas. O juiz 3 responde "sim" apenas para a segunda. Observam-se, com esse resultado, duas respostas positivas para a primeira questão e duas negativas para a terceira.

A diferença entre os votos é a seguinte: o primeiro juiz possui uma perspectiva linear, o fato foi consumado, a lei deve ser aplicada, logo, o acusado é culpado. O segundo juiz acredita que X traiu seu cônjuge, porém não vê na traição uma ofensa ao direito e disso não pode derivar a culpa de X. O terceiro juiz, contudo, não altera o *status* jurídico, a lei é mantida, mas o acusado foi considerado faticamente inocente por ele. O paradoxo, derivado da agregação, não engendra meras possibilidades abstratas, eis que pode ocorrer facilmente e, em geral, não existe qualquer razão para preferir os procedimentos baseados na agregação ou nas premissas (ELSTER, 2013, p. 64).

Assim, a ideia de que a legitimação das Cortes está baseada nas razões que elas apresentam para suas decisões pode ser contestada. Uma vez que as razões (premissas) não vinculam necessariamente a um resultado final. Podem existir interpretações distintas tanto sobre a questão fática quanto sobre a legalidade da norma pertencente ao ordenamento jurídico, ou seja, os juízes podem divergir tanto sobre o acontecimento da traição no mundo real como sobre a constitucionalidade da norma que pune a pessoa que traiu a outra.

Os processos coletivos de tomada de decisão, ao adotarem uma perspectiva deliberativa, tendem a ser céticos a respeito de procedimentos que se limitam a agregar as preferências ou interesses dos participantes. Segundo James Johnson, essa forma não preencheria as demandas morais necessárias para a legitimação dos resultados das decisões coletivas, por isso, preferem acordos pautados nas razões em vez da simples agregação dos votos (JOHNSON, 1999, p. 162-163). Mesmo porque os resultados da simples agregação são ambíguos, pois diferentes métodos de contagem dos votos podem produzir resultados drasticamente distintos das preferências iniciais dos atores políticos envolvidos (JOHNSON, 1999, p. 176).

De acordo com Elster, é frágil pressupor que as razões sempre irão justificar as decisões para a implementação de políticas, de modo que o paradoxo de Poisson não

pudesse emergir, enquanto no campo jurídico não existem justificações para que a "mesma" corte seja a responsável pela apreciação dos argumentos fáticos e pela decisão final.[23]

5 A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

O problema atinente ao "vazio de poder" perpassou diferentes momentos da modernidade, e aquilo que pode ser observado nos últimos anos no Brasil foi uma progressiva ascendência do Judiciário como ocupante de parcela importante de espaços de poder não preenchidos pelos outros Poderes. Para além do registro temporal que pode ser identificado nas mudanças legislativas que aperfeiçoaram a jurisdição constitucional[24] e com o advento da reforma do Judiciário,[25] o próprio STF se projetou como instância para a resolução de conflitos que até então não tivera oportunidade de ocupar adequadamente no país.

Em face de fenômenos como a judicialização da política – a qual posiciona o Judiciário como um Poder central para a solução de questões de alta densidade política –, novos questionamentos surgiram (FEREJOHN, 2002). No mesmo sentido, o reconhecimento da dificuldade contramajoritária passou a demandar algum grau de democracia na elaboração da jurisdição constitucional, pensada até então como uma ferramenta distanciada e oposta a levantes populares.[26]

Formou-se, por isso, um movimento de afirmação do papel do Judiciário em sua capacidade de decidir acerca de valores substantivos constitutivos da organização da comunidade política. Esse movimento foi interpelado por demandas no sentido da abertura do Judiciário tanto para discursos externos, uma vez que os fóruns deliberativos tradicionais poderiam estar obstruídos, como para conferir espaço a grupos minoritários, pois a jurisdição constitucional poderia cumprir, em certos casos, a função de correção de eventuais abusos perpetrados pela maioria (ELY, 2010).

A questão que pode ser derivada dessas transformações não se volta para a reestabilização de um lugar idealizado do Judiciário em sua relação com os outros Poderes ou com o povo, ao contrário, o diagnóstico se dirige para a presente inadequação que ocorre entre um conjunto de instrumentais que o Judiciário passou a fabricar para auxiliá-lo na realização das atividades jurisdicionais, sem que isso tenha sido acompanhado de uma redefinição da forma de compreender o próprio fenômeno jurídico.

Em termos metafóricos é possível dizer que, apesar de terem sido realizadas modificações na "casa de máquinas" institucional, os maquinistas continuam a pensar da mesma maneira que antes (TROPER, 1999). A implementação de novos dispositivos ou "tecnologias" precisa ser sintonizada com um renovado *modus operandi* por parte do Judiciário, sob pena de reproduzir o discurso de preenchimento do espaço vazio de poder.

A oposição ao uso da doutrina da transcendência dos motivos determinantes indica como não basta mudar apenas os instrumentais e as tecnologias. Conforme previamente exposto, a doutrina da transcendência dos motivos determinantes das decisões tem como finalidade a transcendência da eficácia dos julgados de casos singulares. Isso possibilita que a fundamentação decisória seja adotada em outros casos, ao ser reconhecida força vinculante para além da parte dispositiva da decisão, englobando também a *ratio decidendi*, que passaria a vincular o Judiciário e a Administração Pública. Qual argumento justifica a recusa de parcela do STF no que tange à transcendência?

O *leading case* em que a matéria foi discutida no STF foi a Reclamação 1.987/DF,[27] a qual foi conhecida e julgada procedente por maioria dos votos (Maurício Corrêa, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cezar Peluso e Nelson Jobim), aceitando-se, portanto, a possibilidade da transcendência dos motivos determinantes sobre a parte dispositiva. O Ministro Carlos Velloso foi favorável à procedência da Reclamação, mas não à transcendência dos motivos determinantes, no que foi seguido pela minoria (Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Britto).

Em outro caso, na Reclamação 2.475/MG,[28] foi reafirmada a tese de que a transcendência alcança apenas a parte dispositiva da decisão, não abrangendo a fundamentação. Com a diferença de que o Ministro Gilmar Mendes afirmou, em voto vista, diante do Agravo Regimental interposto perante a Reclamação, sua interpretação de que os efeitos vinculantes alcançariam os fundamentos determinantes da decisão. Sua tese foi seguida pela minoria (Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello); por isso, foi negado provimento ao agravo regimental.

Na decisão do Agravo Regimental na Reclamação 2.990/RN,[29] seu relator, Ministro Sepúlveda Pertence, fez remissão à decisão da Reclamação 2.475 para afirmar que o STF havia rejeitado a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes nos casos de controle abstrato de constitucionalidade. Com a Reclamação 3.014/SP,[30] o STF sedimentou sua posição no sentido de negar a transcendência dos motivos determinantes, bem como a possibilidade da Reclamação[31] configurar via ajustada para realizar fiscalização de constitucionalidade normativa.[32]

Um dos principais receios atrelados ao uso da doutrina da transcendência dos motivos determinantes estaria na possibilidade de o STF passar a ter o poder de transformar em súmula vinculante qualquer premissa de uma decisão. O problema, porém, se coloca em sentido inverso, pois, com a negação da transcendência, confere-se a permissão para que as decisões proferidas pelo STF tenham caráter de meros argumentos desvinculados do resultado final e também sem força vinculante para a formação dos precedentes.

O paradoxo de Poisson pode ser observado em situações desse tipo. Quando o Tribunal trata suas fundamentações como *obiter dicta* e não *razões de decidir*, o paradoxo da agregação pode ocorrer com grande facilidade. Os fundamentos utilizados por cada um dos onze ministros do STF podem, em um cenário trágico, estar completamente

desconectados de suas votações finais. A *ratio decidendi* é a parte da decisão de um Tribunal que juízes decidindo casos posteriores precisam necessariamente observar. Por outro lado, as *obiter dicta* são partes da decisão que não possuem qualquer força vinculatória para as decisões subsequentes. No que tange ao nível de vinculação dos precedentes, as *obiter dicta* podem ser ignoradas sem quaisquer consequências.

A preocupação em ressaltar e trazer a responsabilidade dos juízes pela integralidade de seus argumentos está fundada na possível ocorrência desse paradoxo. Um dos problemas do uso dos precedentes no *Civil Law* está na própria negação da doutrina da transcendência dos motivos determinantes. Nesse caso, verifica-se que foi formado um precedente a respeito da matéria, que se encontra em vigor na Corte, que não guarda clareza em seus argumentos originários e que tem por base votações pouco consensuais sobre o assunto. Em cenários nos quais as razões de decidir tivessem maior peso, mesmo as razões para afastar uso da doutrina da transcendência dos motivos determinantes teria maior cuidado na exposição dos argumentos justificatórios relevantes e dos argumentos complementares.

Ademais, o respeito aos precedentes trata da obrigação do juiz em seguir as decisões que foram tomadas anteriormente sobre os mesmos assuntos. Os precedentes podem ser observados desde uma perspectiva vertical, em que os tribunais inferiores são compelidos por Cortes em hierarquias superiores sobre a matéria decidida. Porém, também é relevante a construção de precedentes em sentido horizontal, com o *stare decisis*, de modo que a obrigação da Corte não é a de se submeter a uma instância hierárquica, mas a de seguir o conjunto decisório estabelecido pelo próprio tribunal em ocasiões anteriores. Tanto em seu sentido vertical como no horizontal, os precedentes precisam ter seu caráter vinculativo observado – trata-se da autoridade conferida às decisões formuladas anteriormente.[33]

A lógica que subjaz o não uso da doutrina é próxima daquela que se afirma como ocupante do espaço de poder vazio, ou da detentora da continuidade do poder constituinte. Aqui, observa-se o uso inadequado dos precedentes no Brasil ou de seu papel como textos retóricos esvaziados de força normativa.

Uma explicação possível para tal prática está na tradição jurídica nacional. Não apenas em questões atinentes à formação dos juristas, que são levados a uma idolatria dos textos e a uma crença cega na busca de respostas no questionável projeto do "Código" e da codificação, mas também pela forma ainda pouco refinada e prática que se trabalha com os precedentes. Se não temos uma tradição de construir decisões a partir de precedentes, isso não quer dizer que não dispomos de decisões anteriores que não apenas podem, mas devem ser utilizadas para guiar a formulação de decisões posteriores.

Imagine-se o juiz que acredita que todos os casos que lhe são apresentados são difíceis e que todas as decisões que ele precisa tomar iniciam do "zero" a construção da narrativa jurídica sobre o assunto apresentado para seu julgamento. Isso repercutiria

em uma atividade jurídica impossível, que se colocaria perpetuamente diante de um ponto inicial e que se habilitaria a retóricas autolegitimantes para tomar decisões. O juiz passaria a cumprir a função de *criador*, de *fundador* (*nomothete*), ao se projetar como aquele que deve ocupar o espaço vazio de poder.

Considerações finais

O artigo procurou analisar a passagem que ocorre na tradição do *Civil Law* no sentido da utilização de instrumentais que são próprios do *Common Law*.[34] No caso brasileiro, tal passagem parece ser mediada – paradoxalmente – por uma nova codificação (Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015). Trata-se de um paradoxo pois aposta na codificação como maneira de determinar como deve ser a produção jurisdicional.[35] A obrigação da justificação das decisões, de serem apresentadas as razões, os fundamentos da decisão e não apenas seus resultados, pode ser verificada no cuidado institucional que qualquer Tribunal que se preocupe com os precedentes deve possuir para não gerar paradoxos como o paradoxo de Poisson. Ainda que tais mudanças sejam advindas de uma determinação legislativa, o ideal seria uma transformação da compreensão do papel dos magistrados e sua responsabilidade em apresentar argumentos que justifiquem suas decisões.

Por fim, uma vez que o Brasil passou a incorporar em seu ordenamento jurídico um conjunto de mecanismos para a resolução de conflitos provenientes do *Common Law*, não seria demasiado pleitear uma alteração do papel dos precedentes e das razões fundamentais da decisão. Isso pode ser feito, mesmo que sob a égide de uma nova codificação. A interpretação do juiz, todos sabem, precisa ser justificada e deve ser fundamentada em outras fontes que não apenas as vontades pessoais do magistrado. Embora seja inafastável a condição em que o magistrado possui à sua disposição uma grande quantidade de razões e fatos para sustentar diversas interpretações, as narrativas jurídicas que se encontram sob sua responsabilidade demandam justificações que serão interpretadas por leitores com diferentes valores.

Uma sugestão final, que pode auxiliar nas alterações que devem ser realizadas na maneira de operacionalização do Judiciário, seria a percepção da atividade jurisdicional como um diálogo jurídico continuado (ESKRIDGE, 1987, p. 1537), e não um monólogo.[36] No caso do diálogo, o intérprete está, ao mesmo tempo, vinculado a explicar e justificar suas decisões, diante da comunidade interpretativa composta por outros juristas. Logo, não basta a atenção para as razões, a justificação dos motivos da decisão é o fator que confere legitimidade para as decisões. Se isso não resolve o problema da agregação nem o problema do déficit democrático das decisões, é, ao menos, um bom começo para revisar uma tradição acostumada com pessoas falando sozinhas e descompromissadas com os resultados de seus *dictum*.

NOTAS

1 "The issue, briefly described, is one of 'constitutional bootstrapping', the process by which a constituent assembly severs its ties with the authorities that have called it into being and arrogates some or all of their powers to itself." (ELSTER, 1994, p. 57).

2 Para Aristóteles, a cidade-estado precisa de um legislador, qualquer tipo de comunidade apenas terá ordem se tiver alguma autoridade que produza normas, as quais serão definidas por uma "constituição". Porém, deve-se buscar a explicação que levou a cidade-estado a ter uma "constituição". A primeira pessoa que cria a cidade-estado é o promotor de grandes benefícios, o legislador (*nomothete*) é comparado com Sólon ou Licurgo, fundadores da "constituição" (ARISTOTLE, 1932, p. 165). O legislador é comparado com o artesão, o *criador* (*demiourgos*), um tecelão ou o construtor de navios, aqueles que moldam seus materiais em uma obra *acabada* (ARISTOTLE, 1932, p. 199).

3 A referência que é feita no início sobre os paradoxos na relação entre constitucionalismo e democracia também é comumente referida como uma "tensão" entre ambos. Ao longo do texto são apresentadas outras formas de paradoxos.

4 "5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662." (Rcl 2.363/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.10.2003, *DJ* 01.04.2005).

5 Sobre a dinâmica entre conflito e estabilização ver Kozicki (2000).

6 Lefort assinala que o fenômeno religioso continua a existir por meio de novas crenças e novas representações. Essas crenças podem, a qualquer momento, reemergir em formas tradicionais ou renovadas. A noção moderna de política se apresentou como uma espécie de desconhecimento de uma parte do social, dos processos que fazem com que as pessoas consintam ante determinado regime (LEFORT, 1988).

7 Sobre a centralidade do poder constituinte para o constitucionalismo, ver Loughlin (2014).

8 "At once, in place of the individual personality of each contracting party, this act of association creates a moral and collective body, composed of as many members as the assembly contains votes, and receiving from this act its unity, its common identity, its life and its will. This public person, so formed by the union of all other persons, formerly took the name of *city*, and now takes that of *Republic* or *body politic*; it is called by its members *State* when passive, *Sovereign* when active, and *Power* when compared with others like itself." (ROUSSEAU, 1923, p. 15-16).

9 "The legislator is the engineer who invents the machine, the prince merely the mechanic who sets it up and makes it go. [...] He who dares to undertake the making of a people's institutions ought to feel himself capable, so to speak, of changing the human nature, of transforming each individual, who is by himself a complete and solitary whole, into part of a greater whole from which he in a manner receives his life and being;" (ROUSSEAU, 1923, p. 35). Como observa Frederick Neuhouser: "[...] Rousseau's view will be that membership in the state *embodies* 'moral freedom', which is defined as a species of autonomy, or as 'obedience to the law one has prescribed for oneself'. At the same time, political membership is a *precondition* of 'civil freedom', which Rousseau takes to be the ability of individuals to act unconstrained by the particular wills of others within a sphere of activity deemed by society to be external to the vital interests of the community as a whole." (NEUHOUSER, 1993, p. 366).

10 O paradoxo da política, desde uma perspectiva democrática, demanda a compreensão inicial de que o Povo, os atores e sujeitos políticos por excelência, se apresenta como uma massa amorfa de pessoas reunidas, uma multidão. De acordo com Honig, o paradoxo da política postula que a democracia está sempre vinculada ao problema de como diariamente (re)configurar uma multidão em um povo (HONIG, 2009).

11 Nesse sentido ver a crítica formulada em Kozicki (2000).

12 Uma das melhores sínteses do debate entre constitucionalismo e democracia foi apresentada por Frank Michelman (1999).

13 Ver: Dworkin (1996); Post (1995); Ely (2010).

14 Segundo Michelman: "Daunting though it may be, the answer seems to be 'yes,' in view of the moral and material importance that people quite reasonably attach to the contents of many of these basic laws, these laws of lawmaking. And yet I suspect we will always feel [...] an impulse to exclude the laws *of lawmaking* from democracy's procedural purview – to restrict the domain of procedurally democratic decision to whatever *further* political choices the laws of lawmaking leave open, while leaving *those* laws to be decided by right and true reasoning about what it means for a lawmaking system to be democratic" (MICHELMAN, 1999, p. 24).

15 Ver a análise do caso *Riggs* v. *Palmer* realizada por Dworkin (1978).

16 A posição de Michelman é a de que: "On the face of it, Dworkin's message is a happy one. It offers resolution of an apparent contradiction between two of our deepest (professed) political desires – for a government of laws, for self-government. His arguments seems meant to reassure and persuade us that we really can reconcile a democratic aspiration to political self-government *by everyone* with the practice of letting a few judges decide the applied contents of the country's basic laws. But I think the real, darker-hued, message is that there is no such reconciliation to be had. And this bring us back at last to the crushing logical objection I mentioned before, against the very idea that the contents of the laws of lawmaking could themselves be within the keeping of a democratic procedure to decide." (MICHELMAN, 1999, p. 32). Cf. Bickel (1986).

17 Pautados em William Blackstone, os pais fundadores afirmavam que aqueles que não possuíam meios para se sustentar não tinham como desenvolver sua própria vontade; logo, o direito ao voto demandaria certos pré-requisitos, no caso, a propriedade. Contudo, esse argumento coexistia com outro, que o contradizia, de que os pobres poderiam representar uma ameaça aos proprietários de terra; logo, eles teriam muitas vontades que poderiam ameaçar os proprietários. O caso da Rebelião de Shays em Massachusetts servia como exemplo de que homens em situações econômicas adversas poderiam se reunir em torno de seus interesses (KEYSSAR, 2000, p. 10-11).

18 "quem possui uma Autoridade absoluta para interpretar quaisquer Leis escritas ou faladas, é o verdadeiro Legislador, para todas as Intenções e Propósitos; e não a Pessoa que primeiro as escreveu ou falou." (HOADLY, 1717, p. 12, tradução nossa).

19 *Baker v. Carr* (1962); *United States v. Nixon* (1974); *Miller v. Johnson* (1995). Nesse sentido ver as considerações de Herbert Hart: "A última forma, mas extremamente interessante, de cepticismo sobre as regras não repousa nem no caráter aberto das regras nem no caráter intuitivo de muitas decisões, mas no facto de a decisão de um tribunal ter uma posição única como algo dotado de autoridade e, no caso dos supremos tribunais, de definitividade. [...] Um supremo tribunal tem a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando a tenha dito, a afirmação de que o tribunal estava 'errado' não tem consequências dentro do sistema: não são por isso alterados os direitos ou deveres de ninguém." (HART, 2007, p. 154-155).

20 "The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. There are various ways of sliding over this ineluctable reality. Marshall did so when he spoke of enforcing, in behalf of 'the people', the limits that they have ordained for the institutions of a limited government. And it has been done ever since in much the same fashion by all too many commentators. Marshall himself followed Hamilton, who in the 78th Federalist denied that judicial review implied a superiority of the judicial over the legislative power-denied, in other words, that judicial review constituted control by an unrepresentative minority of an elected majority. 'It only supposes', Hamilton went on, 'that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former'. But the word 'people' so used is an abstraction. Not necessarily a meaningless or a pernicious one by any means; always charged with emotion, but nonrepresentational-an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional." (BICKEL, 1986, p. 16).

21 "In the Constitution of the Fifth French Republic, the intended function of the Constitutional Council was to protect the executive against the legislature. Only four individuals – the President of the Republic, the Prime Minister, and the Presidents of the two legislative chambers – could bring a bill in before the Council for judicial review before its promulgation. Moreover, although the 1789 Declaration of Rights was cited in the Preamble to the 1958 Constitution, it had no *valeur constitutionnelle*. In practice, this arrangement left few opportunities to initiate

judicial review. In 1971, however, the Council carried out what may be seen as a judicial coup d'état, by unilaterally incorporating the 1789 Declaration and other texts into its jurisprudence. Three years later, President Giscard d'Estaing expanded the scope of judicial review even more, by promoting an amendment of the constitution that allowed any group of sixty deputies or senators to bring in a bill before the Council." (ELSTER, 2013, p. 81).

22 De acordo com Tushnet: "The Constitution matters because it provides a structure for our politics. It's politics, not 'the Constitution', that is the ultimate – and sometimes approximate – source for whatever protection we have for our fundamental rights. [...] The real question, then, is not *why* the Constitution matters, but *how* it matters. The Constitution matters because politics matters. The Constitution affects politics in many ways, most of those indirect, but we shouldn't overestimate how much it matters." (TUSHNET, 2010, p. 1-17).

23 Sobre a forma como os consensos são produzidos, o paradoxo da agregação de conclusões pode ser apresentado por meio de um exemplo histórico. De acordo com Elster, a Assembleia Constituinte francesa de 1789 enfrentava a discussão sobre a adoção do sistema unicameral ou bicameral. A Assembleia estava dividida em três grupos: a) reacionários, b) moderados e c) radicais. Os dois últimos queriam estabilizar o regime, enquanto os reacionários queriam desestabilizar o novo regime – estas eram as preferências iniciais de cada grupo. Reacionários e moderados compartilhavam a compreensão de que o bicameralismo seria estabilizador, enquanto os radicais acreditavam que este seria desestabilizador. Os radicais votaram pelo unicameralismo, os moderados pelo bicameralismo e os radicais pelo unicameralismo. O resultado final, pautado na agregação das conclusões, produziu o paradoxo, pois conseguiu agradar reacionários e radicais, os quais tinham premissas e intenções diversas sobre o novo regime. O paradoxo evidencia, portanto, que a agregação de premissas pode ser manipulada e não necessariamente manifesta de maneira adequada os interesses dos atores políticos envolvidos, se observada a divergência entre premissas e resultados (ELSTER, 2013, p. 64).

24 Com a Lei n. 9.868/99 (ADI e ADC) e a Lei n. 9.882/99 (ADPF).

25 Emenda Constitucional n. 45/2004.

26 "A constitutional court with judicial review illustrates a countermajoritarian structure providing diffuse protection. The court's power to reverse majority decisions infringing constitutional rights, for example, is a potent means of protecting a wide range of minority interests." (ALBERTS; WARSHAW; WEINGAST, 2012, p. 72).

27 "A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional." (Rcl 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.10.2003, *DJ* 21.05.2004).

28 Rcl 2.475/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 19.11.2003, *DJ* 26.11.2003.

29 Ag Reg na Rcl 2.990/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.08.2007, *DJe* 14.09.2007.

30 Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, j. 10.03.2010, *DJe* 21.05.2010.

31 Os argumentos utilizados para refutar a Reclamação 3.014/SP foram os seguintes: i) o endosso de tal tese implicaria suprimir instâncias; ii) aumentar-se-ia em demasia o número das Reclamações no STF; iii) extensão do rol de legitimados para propor ações diretas de inconstitucionalidade sem previsão normativa.

32 A tese da transcendência dos motivos determinantes continua a ser negada pelo STF: Ag Reg na Rcl 4454/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 03.03.2015, *DJe* 17.03.2015; Ag Reg na Rcl 16944/BA, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.02.2015, *DJe* 11.03.2015; MS 28064 AgR-ED/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 06.11.2014, *DJe* 01.12.2014; Ag Reg na Rcl 11484/CE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05.08.2014, *DJe* 15.08.2014.

33 A demanda por observar os precedentes é uma forma de argumento e também uma forma de justificação (SCHAUER, 1987).

34 Adotar instrumentais do Common Law via codificação é um paradoxo, uma vez que se está realizando uma aposta em uma tradição diferente, que enfatiza a importância dos precedentes. No Brasil, em vez da mudança da tradição da relação dos juízes com os precedentes, buscou-se estabelecer, via codificação, que os precedentes passarão a ser importantes.

35 Note-se que o paradoxo de Poisson pode ser observado tanto em tradições do Civil Law como do Common Law, de modo que é indiferente a codificação ou o precedente. O problema de fundamentação pode ocorrer em ambas as tradições.

36 Aquilo que se busca afirmar é algo mais singelo do que a ampla corrente identificada pela proposta dos "diálogos institucionais" está a sugerir, que é a interação dialógica entre o Judiciário e os demais poderes, como mecanismo de aperfeiçoamento democrático dos processos de tomada de decisão. O diálogo jurídico continuado trata da necessária lembrança de que os agentes públicos que tomam decisões – com foco especial no Judiciário – precisam ter ciência de que sua decisão faz parte de um diálogo já iniciado por outros e do qual seu argumento (sua decisão) será mais um elemento importante na continuidade da "discussão" a respeito de certo tema polêmico levado para a apreciação jurisdicional. Sobre o interessante tema dos diálogos institucionais ver: Hogg e Bushell (1997); Bateup (2006); Silva (2009); Brandão (2012).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTS, Susan; WARSHAW, Chris; WEINGAST, Barry R. Democratization and Countermajoritarian Institutions: the role of power and constitutional design in self-enforcing democracy. In: GINSBURG, Tom. *Comparative Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

ARATO, Andrew. *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2000.

ARISTOTLE. *Politics*. London: William Heinemann, 1932.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*: The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CHRISTENSEN, Ralph. Introdução. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 1998.

COHEN, Joshua. Democracy and Liberty. In: ELSTER, Jon. *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *Freedom's Law*: The Moral Reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELSTER, Jon. Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*: theoretical perspectives. Durham; London: Duke University Press, 1994.

_____. Deliberation and Constitution Making. In: _____ (Ed.). *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____. *Securities Against Misrule*: juries, assemblies, elections. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESKRIDGE, William. Dynamic Statutory Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 135, 1987.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, 2002.

GARGARELLA, Roberto. Full Representation, Deliberation, and Impartiality. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. New York: Columbia University Press, 1909.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1996.
_____. *The inclusion of the other*: studies in political theory. Cambridge: MIT Press, 1998.
_____. Three Normative Models of Democracy. *Constellations*, Oxford, v. 1, n. 1, 1994.
HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics, 2003.
HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
HOADLY, Benjamin. *The Nature of the Kingdom or Church of Christ*. London: James Knapton, 1717.
HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn t Such A Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997.
HOLMES, Stephen. *Passions and constraint*: on the theory of liberal democracy. Chicago: University of Chicago Press, 1995.
HONIG, Bonnie. *Emergency politics*: paradox, law, democracy. Princeton: Princeton University Press, 2009.
JENSEN, Merrill. *The Articles of Confederation*. Madison: University of Wisconsin Press, 1959.
JOHNSON, James. Arguing for Deliberation: Some Skeptical Considerations. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
KEYSSAR, Alexander. *The Right to Vote*. New York: Basic Books, 2000.
KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização*: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. 2000. Tese (Doutorado em Direito) – PPGD, UFSC, Florianópolis, 2000.
LEFORT, Claude. *Democracy and Political Theory*. Cambridge: Polity, 1988.
_____. *Pensando o político*: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
_____. The Permanence of the Theologico-political? In: VRIES, H.; SULLIVAN, L. E. (Eds.). *Political theologies*: public religions in a post-secular world. New York: Fordham University Press, 2006.
LORENZETTO, Bruno Meneses. *Direito e desconstrução*: as aporias do tempo, do direito e da violência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
LOUGHLIN, Martin. The concept of constituent power. *European Journal of Political Theory*, v. 13, 2014.
MICHELMAN, Frank I. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
NEUHOUSER, Frederick. Freedom, Dependence and the General Will. *The Philosophical Review*, v. 102, n. 3, 1993.
POST, Robert. *Constitutional Domains*: Democracy, Community, Management. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The Social Contract & Discourses*. London: J.M. Dent & Sons, 1923.
SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, 1987.
SIEYÈS, E. J. *A Constituinte burguesa*: que é o Terceiro Estado? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2009.
SUNSTEIN, Cass. Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*. v. 108, 1995.
TROPER, Michel. La máquina y la norma: dos modelos de Constitución. *Doxa*, n. 22, 1999.
TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America*: a contextual analysis. Oxford: Hart, 2009.
_____. *Why the Constitution Matters*. New Have: Yale University Press, 2010.
WHITTINGTON, Kieth E. Judicial Review and Interpretation: have the courts become sovereign when interpreting the Constitution? In: HALL, Kermit L.; MCGUIRE, Kevin T. (Eds.). *The Judicial Branch*. New York: Oxford University Press, 2005.

Bruno Meneses Lorenzetto

Curitiba – PR – Brasil
bruno_lorenzetto@yahoo.com.br

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e do Programa de Mestrado em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

Katya Kozicki

Curitiba – PR – Brasil
kkozicki@uol.com.br

Mestre e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professora associada da Universidade Federal do Paraná, nos programas de graduação e pós-graduação em Direito.

Pesquisadora (bolsista de produtividade em pesquisa) do CNPq.

RECEBIDO EM 02.07.2014 | APROVADO EM 26.10.2015

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

Lincoln Frias e Nairo Lopes

REMARKS ON THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY

RESUMO

O princípio da dignidade humana adquiriu papel central nas constituições nacionais e nos tratados internacionais modernos e é frequentemente utilizado como base para decisões judiciais sobre os mais diversos assuntos. Apesar disso, o presente artigo defende que seu conteúdo é demasiadamente impreciso, o que reduz a objetividade dos documentos em que é empregado – um problema que fica evidente em ações envolvendo problemas distributivos, tais como as demandas judiciais por medicamentos. A primeira seção apresenta duas distinções: a diferença entre o sentido hierárquico e o sentido igualitário da dignidade e a diferença entre a função protetora e a função substancial dessa noção. As seções seguintes contêm as críticas à ambiguidade do conceito de dignidade e a proposta de Luís Roberto Barroso (2013) sobre como lidar com essa questão. A quarta seção aborda alguns problemas da proposta de Barroso e oferece em seu lugar três definições da dignidade humana: (a) uma partindo de alguma propriedade intrínseca, (b) outra baseada nas condições externas e (c) outra partindo de uma propriedade adquirida (a autonomia pessoal). A primeira definição é considerada insatisfatória dada sua vulnerabilidade à arbitrariedade e ao uso abusivo. Diante isso, a conclusão é que a dignidade humana deve ser definida a partir de uma combinação das duas

ABSTRACT

The principle of human dignity acquired a central role in modern national constitutions and international treaties and is often used as a foundation for sentences on a variety of issues. Nonetheless, the present paper argues that its content is very imprecise, and thus limits the objectivity of the documents and sentences which employ this notion – a problem which is evident in processes dealing with distributional problems, like the judicial processes to obtain prescription drugs from the State. The first section presents two relevant distinctions: the hierarchical versus the egalitarian meaning of human dignity and the protective versus the substantial function of this notion. The next sections contain criticisms to the ambiguity of concept of dignity and the proposal of Luís Roberto Barroso (2013) on how to circumvent this problem. The fourth section deals with some problems in Barroso's proposal and offers instead three definitions of human dignity: (a) one based on some intrinsic property, (b) another one based on external conditions, and (c) another one based on an acquired property (personal autonomy). The first definition is considered unsatisfactory given its vulnerability to arbitrariness and excessive use. Thus, the conclusion is that human dignity should be based on the last two definitions,

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201528

ÚLTIMAS DEFINIÇÕES, ISTO É, DA AUTONOMIA PESSOAL E DAS CONDIÇÕES PARA DESENVOLVÊ-LA E EXERCÊ-LA.

PALAVRAS-CHAVE
DIGNIDADE HUMANA; AUTONOMIA PESSOAL; MÍNIMO EXISTENCIAL; DIREITOS FUNDAMENTAIS; DIREITO CONSTITUCIONAL.

THAT IS, PERSONAL AUTONOMY AND THE CONDITIONS REQUIRED TO DEVELOP AND DEPLOY IT.

KEYWORDS
HUMAN DIGNITY; EXISTENTIAL MINIMUM; PERSONAL AUTONOMY; FUNDAMENTAL RIGHTS; CONSTITUTIONAL LAW.

INTRODUÇÃO

A defesa da dignidade humana ocupa lugar central no discurso jurídico contemporâneo. É com ela que se inicia o esforço para evitar a repetição das atrocidades da Segunda Guerra Mundial. O primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos" (ONU, 1948). Ela é também um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal – CF) e também a finalidade do sistema econômico brasileiro ("A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência *digna*, conforme os ditames da justiça social", art. 170, da CF, grifo nosso).

O apelo à dignidade tem também sido recorrente nas decisões de diversos tribunais sobre diferentes matérias, como aquelas relacionadas à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF), ao reconhecimento da união homoafetiva (ADPF 132/RJ e ADI 4.227/DF), às pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), à proibição de trabalho escravo (RE 398.041/PA), dentre outras. Por exemplo:

> [...] ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as pôr em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. [...] Essa ordem de ideias remete à questão da autonomia privada dos indivíduos, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da *dignidade da pessoa humana*. [...] [a] previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano. (STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 5-5-2011, Diário da Justiça Eletrônico de 14-10-2011, grifo nosso).

Contudo, o apelo recorrente à defesa da dignidade como fundamento para as decisões judiciais pode levar a exageros, justamente porque a proteção à dignidade das

pessoas é consensual. Por isso, o recurso a ela está sujeito a ser abusado, a ser utilizado em casos em que o que está em jogo é menos do que a dignidade da pessoa.

Um tipo de ação especialmente vulnerável a essa tendência são as demandas por medicamentos não previstos nas listas do Sistema Único de Saúde (SUS), por serem recém-lançados, experimentais ou sem comprovação de eficácia ou de custo-efetividade (LOPES; FRIAS, 2014). Todavia, em muitas situações, pacientes e médicos consideram que um desses medicamentos é capaz de salvar o paciente e então exigem que o Estado o forneça. E, nesse momento, seus advogados defendem que seu não fornecimento ofenderia a dignidade do paciente.

Porém, os recursos orçamentários são escassos. A Advocacia Geral da União estimou que os gastos da União com esse tipo de ação foram de cerca de 355 milhões de reais em 2012 (ao passo que em 2005 foram apenas cerca de 2,5 milhões) (AGU, 2012, p. 16). A controvérsia em relação a essas ações não está apenas no montante dos gastos, em sua imprevisibilidade ou na tensão gerada entre Poder Judiciário e Poder Executivo, mas também no fato de que, muitas vezes, atender ao pedido de um paciente pode significar deixar de fornecer serviços para milhares de pessoas.

Entretanto, muitas vezes a suposta defesa da dignidade humana é considerada mais importante do que essas razões contrárias:

> Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CFR) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CRF) impõem ao Estado e ao Município a obrigação de fornecer, o medicamento e insumo necessitados por pessoa hipossuficiente, uma vez comprovada a necessidade. Violado um direito subjetivo fundamental, não há que se falar em ofensa aos princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração. No quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de receituários do SUS, de não inclusão do medicamento necessitado em lista oficial, de limitações orçamentárias ou de aplicação da teoria da reserva do possível. (TJMG, Ap Cível/Reexame Necessário 1.0145.11.058939-0/002, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, j. 25-6-2013, Diário do Judiciário Eletrônico de 5-7-2013).

> As ações e serviços na área de saúde têm por diretriz o atendimento integral do indivíduo, o que consiste no fornecimento de medicamentos necessários à preservação da vida, ainda que não sejam padronizados pelo SUS. Conforme relatório médico subscrito por profissional inscrito no Conselho Regional de Medicina, não há no país insumo semelhante ou genérico, o que corrobora a imprescindibilidade do suplemento. *Os princípios informadores da administração pública e a cláusula da reserva do possível não se*

> *aplicam quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana*. (TJMG, Ap Cível/Reexame Necessário 1.0145.12.031069-6/002, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, j. 13-8-2013, Diário do Judiciário Eletrônico de 26-8-2013, grifo nosso).

> [...] o art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, diz que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre tantos, é zelar pela dignidade humana e pela cidadania. Não há dignidade humana nem cidadania mais forte a ser zelada pelo Estado do que proporcionar todos os meios que sejam possíveis a quem necessita da saúde, em uma situação como a descrita, para que haja uma tentativa de solução. (STJ, MS n. 8.895/DF, Rela. Mina. Eliana Calmon, Diário da Justiça Eletrônico de 7-6-2004).

> À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido como um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde. (STJ, AgRg no REsp 950.725/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 6-5-2008, Diário da Justiça eletrônico de 18-6-2008).

> [...] embora o Sistema Único de Saúde não forneça os medicamentos de que tratam as decisões impugnadas, eles são absolutamente necessários para que os portadores de Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN) tenham uma vida minimamente digna. (STF, Suspensão de Liminar n. 558/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 15-10-2012, Diário da Justiça Eletrônico de 23-10-2012).

O objetivo do presente artigo não é avaliar essas decisões. Seu propósito é mostrar que, apesar de desempenhar uma função imprescindível, a noção de dignidade está sujeita a diversas imprecisões, o que leva a arbitrariedades em alguns casos. Diante disso, seria mais adequado interpretar o princípio da dignidade humana como redutível às ideias de igualdade de consideração e de respeito à autonomia pessoal, permitindo que ele desempenhasse seu papel e evitando diversos dos abusos e imprecisões a que tem estado sujeito.

A próxima seção mostra que a ideia de dignidade surgiu na Roma antiga com um sentido marcadamente hierárquico e baseado nas condições externas. Foi apenas na modernidade que o princípio adquiriu o sentido oposto, de valor intrínseco e antihierárquico, igualitário. Também são distinguidas duas funções do apelo à dignidade, uma função protetora e uma função substancial. A segunda seção apresenta as críticas à noção de dignidade (sua vulnerabilidade a usos arbitrários e sua redutibilidade à autonomia pessoal) e a resposta de Luís Roberto Barroso a essas críticas, cuja proposta é

definir a dignidade humana a partir de três elementos (o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário). A seção seguinte lida com algumas limitações da proposta de Barroso, defendendo que a ideia de dignidade é um conceito polissêmico e que pode ser definido de três maneiras: a definição intrínseca (inevitavelmente arbitrária), a definição a partir de condições exteriores (importante, porém incompleta) e a definição a partir de um atributo adquirido (provavelmente, a autonomia pessoal). Em nossa proposta, a dignidade deve ser compreendida como uma combinação das duas últimas definições: a posse da autonomia pessoal e das condições para desenvolvê-la e exercê-la.

1 As duas funções da dignidade

Ao longo do século XX a dignidade da pessoa humana se tornou um princípio presente em diversos documentos constitucionais e tratados internacionais, começando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e se espalhando pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (1976) e pelas constituições de Itália (1947, art. 3º), Alemanha (1949, art. 1º), Portugal (1976, art. 1º), Espanha (1978, art. 10), Grécia (1975, art. 7º), Peru (1979, art. 1º), Chile (1980), Paraguai (1992, art. 1º), Bélgica (após a revisão de 1994, art. 23) e Venezuela (1999, art. 3º), dentre diversos outros pactos, tratados, declarações e constituições. O conteúdo dos textos é bastante semelhante. Em geral, eles dizem que as pessoas têm a mesma dignidade, que esse é o parâmetro principal da ação estatal e/ou que o objetivo principal do Estado é promover a dignidade humana, como se vê na Constituição Brasileira de 1988:

> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania
> III - a *dignidade da pessoa humana*;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Contudo, a ideia de dignidade não surgiu no século XX e nem sempre esteve associada aos direitos humanos ou fundamentais. No período romano ela se referia à qualidade de quem possuía certas ocupações e posições públicas. Foi apenas durante a modernidade que ela passou a se referir a um valor possuído por todas as pessoas. Essa diferenciação permite separar os sentidos pré-moderno e contemporâneo de dignidade (BARROSO, 2013, p. 14).

O sentido pré-moderno, ou a visão hierárquica da dignidade, estabelecido desde a Roma antiga até o surgimento do Estado liberal, identifica a dignidade com o *status* pessoal dos indivíduos, sua posição social e sua integridade moral. A dignidade qualificava certas instituições, como o soberano, a coroa e o Estado, servindo para classificar os indivíduos entre superiores e inferiores. Um exemplo do emprego da palavra nesse sentido é a Constituição brasileira de 1824, a qual mencionava apenas a dignidade da nação, do imperador e de sua esposa (SARLET, 2013, p. 123).

Em função do *status* das pessoas e das instituições, os súditos deveriam respeitá-las caso não quisessem sujeitar-se a sanções. Havia uma quantificação da dignidade, estabelecendo pessoas mais ou menos dignas. Portanto, nem todos os indivíduos eram "dignos", apenas aqueles que ocupavam certos cargos ou que possuíam certas qualidades. Como se pode ver, essa claramente não é a concepção de dignidade mais utilizada atualmente.

A versão moderna da dignidade se desenvolveu a partir de três marcos fundamentais: (a) o marco religioso, resultado da tradição judaico-cristã; (b) o marco filosófico, a tradição ligada ao Iluminismo; e (c) o marco histórico, uma resposta aos atos da Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2013, p. 14-15). Da primeira tradição vem a ideia de que os seres humanos ocupam um lugar especial na realidade porque foram feitos à imagem e semelhança de um ser superior.

Já o segundo marco fornece a principal justificativa não religiosa da dignidade da pessoa humana, sintetizada pelo filósofo iluminista Immanuel Kant ainda no século XVIII. Segundo ele (KANT, 1980, p. 74-78), o ser humano possui dignidade porque é capaz de dar fins a si mesmo, em vez de se submeter às suas inclinações. Por isso, ele deve ser visto como um fim em si mesmo, não como meio para a realização de projetos alheios. Essa capacidade de dar normas a si mesmo é a *autonomia*, em contraposição à heteronomia. Mas, para que não se reduza às suas inclinações, é preciso agir de acordo com a razão, de acordo com o *dever*, isto é, segundo o imperativo categórico, de maneira que a máxima de sua vontade possa ser tomada como lei universal (KANT, 1980, p. 74-77).

Segundo Kant, a dignidade é a característica do que não tem preço, isto é, do que não pode ser trocado por nada equivalente. E o fundamento da dignidade é a autonomia, a capacidade de dar leis a si mesmo, em outras palavras, a moralidade entendida como a capacidade de agir de acordo com a lei moral:

> Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. *Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade*. A destreza e a diligência no trabalho têm um preço venal; a argúcia de espírito, a imaginação viva e as fantasias têm um preço de sentimento; pelo contrário, a lealdade nas

> promessas, o bem-querer fundado em princípios (e não no instinto) têm um valor íntimo. A natureza bem como a arte nada contêm que à sua falta se possa pôr em seu lugar, pois que o seu valor não reside nos efeitos que delas derivam, na vantagem e utilidade que criam, mas sim nas intenções, isto é nas máximas da vontade sempre prestes a manifestar-se desta maneira por ações, ainda que o êxito as não favorecesse. [...] Esta apreciação dá pois a conhecer como *dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço*. (KANT, 1980, p. 78, grifos nossos).

Em resumo, para Kant a "dignidade da humanidade consiste precisamente nesta capacidade de ser legislador universal, se bem que com a condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação" (KANT, 1980, p. 85) e, por isso, "a autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional" (KANT, 1980, p. 79).

Por último, o terceiro marco, o histórico, refere-se ao fato que a dignidade da pessoa humana passou a ser prevista em diversos documentos após as atrocidades do fascismo e do nazismo como forma impedir que elas se repetissem. Isso pode ser verificado nos documentos citados no primeiro parágrafo desta seção.

Essas três tradições levaram à ideia de que a dignidade é uma propriedade que as pessoas possuem simplesmente pelo fato de pertencerem à espécie humana (BITTAR, 2015, p. 42). Tal propriedade justificaria a exigência de que os interesses fundamentais das pessoas fossem protegidos. Esse é o raciocínio por detrás do apelo inaugural à dignidade contemporaneamente, o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade" (ONU, 1948). Há aqui o rompimento com a visão hierárquica da dignidade, pois no sentido pré-moderno não seria possível dizer que *todos* possuem dignidade, já que dignos eram aqueles que ocupavam lugares privilegiados na escala social.

O art. 1º da Declaração Universal oficializa, portanto, a visão igualitária da dignidade humana: ela é agora a propriedade que une todas as pessoas, não a que as diferencia entre si. Sua função não é mais identificar aqueles que merecem mais poder, mas sim *impedir que algum grupo de pessoas se julgue inerentemente melhor do que outros grupos*, como aconteceu com os nazistas em relação aos judeus, ciganos e portadores de necessidades especiais. Trata-se da *função protetora* da dignidade, que funciona como um limite à atuação do Estado e da sociedade, protegendo, consequentemente, direitos fundamentais. Sarlet (2010, p. 135) se refere à essa função como "proteção pela dignidade", referindo-se ao uso desse princípio como limite à restrição dos direitos fundamentais.

O uso comum que se faz da função protetora é o de proteger o núcleo essencial de determinado direito fundamental que eventualmente deva sofrer alguma restrição.

A dignidade delimita o núcleo intangível desse direito fundamental, ideia que encontra expressa previsão, por exemplo, no Texto Constitucional alemão, em seu art. 1, I: "A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público."

Essa função protetora, ou de defesa, é provavelmente a razão pela qual o princípio da dignidade humana foi adotado pelas constituições e tratados contemporâneos, que fez com que o respeito à dignidade humana se tornasse um valor universal. Esse uso do conceito é legítimo e não é a intenção deste artigo argumentar contra ele. A intenção aqui é mostrar que o apelo à noção de dignidade humana, para além dessa função, é inadequado, principalmente um uso que se pode chamar de *função substancial* do apelo à dignidade humana, no qual ela seria capaz de indicar quais fatores são necessários para que alguém seja considerado digno.

A função substancial é tratada na literatura jurídica constitucional como a indicadora das tarefas do Estado na promoção da dignidade, assumindo notável *status* positivo. Desse modo, o Estado passaria a ter obrigação de promover os meios necessários para se alcançar a dignidade, bem como de afastar os obstáculos que impeçam as pessoas de viver com dignidade (SARLET, 2010, p. 127). Estaria relacionada, evidentemente, à promoção dos direitos fundamentais de natureza social, que são aqueles que impõem uma obrigação de fazer ao Estado, a exemplo dos direitos à saúde, à educação, à seguridade social, ao trabalho, dentre outros.

Em resumo, dizer que todos têm a mesma dignidade significa dizer que todos merecem que seja dada a mesma consideração a seus interesses (a função protetora), mas a noção não é suficientemente objetiva para identificar a quais prestações outras pessoas ou o Estado são obrigados para que a dignidade de alguém seja respeitada (a função substancial). Essa segunda função é cumprida com mais precisão pelas ideias de igualdade de consideração e respeito à autonomia, como será defendido na terceira seção. Antes, é preciso identificar melhor quais as deficiências do conceito de dignidade humana em sua função substancial.

2 Imprecisão do conceito de dignidade humana e abusos em sua utilização

O apelo à dignidade é muito comum em debates bioéticos (aborto, eutanásia, células-tronco, clonagem, cirurgia para mudança de sexo, autópsia, transplante de órgãos etc.). Por isso, é também na literatura bioética que apareceram as críticas mais contundentes a esse conceito. Para Macklin (2003, p. 1419-1420), a dignidade é um conceito "inútil" para a bioética e pode ser substituído sem qualquer perda de conteúdo pelo conceito de autonomia pessoal, que tem a vantagem de ser mais preciso. A defesa da dignidade seria "mero slogan" e uma "repetição vaga de noções já existentes". De acordo com ela, o uso corriqueiro do termo "dignidade" como fundamento para

se evitar determinadas práticas médicas permanece apenas por influência da religião, especialmente da Igreja Católica.

De acordo com essa crítica, o problema com a noção de dignidade é que, como não há uma delimitação clara do que é necessário ser respeitado para que se considere que a dignidade humana foi respeitada, é possível que haja quem considere que o sexo antes do casamento ofenda a dignidade do casal, que relações sexuais com pessoas do mesmo sexo ofenda a dignidade de quem as praticou, que as autópsias e o uso de cadáveres em aulas didáticas ofenda a dignidade dos donos desses corpos, que a reprodução assistida ofenda a dignidade de quem ainda não nasceu, dentre outros casos. Inclusive, se, por um lado, há quem considere que o suicídio retire a dignidade do suicida, por outro, os defensores da eutanásia consideram que ela é apenas uma expressão do direito de "morrer com dignidade" (pois a eutanásia voluntária – ou suicídio assistido – acontece quando se ajuda alguém a morrer para evitar uma vida considerada inaceitavelmente ruim pela própria pessoa que vai morrer).

Segundo Macklin (2003, p. 1419-1420), nesses casos, o que se consegue com o apelo à dignidade seria conseguido de maneira mais simples apelando-se ao respeito pela autonomia das pessoas, um conceito mais claro do que a dignidade porque não apela a uma propriedade intrínseca sobre a qual não se oferecem explicações adicionais. Segundo a definição kantiana de dignidade (adotada por Barroso e outros, como se verá abaixo), a autonomia é mesmo o elemento central da dignidade. Contudo, muitos autores (inclusive Barroso) acrescentam à ideia de autonomia a ideia de valor intrínseco, que é o objeto da crítica de Macklin, pois é a parte mais obscura da noção de dignidade.

A diferença está em que alguns pesquisadores consideram que é possível ter dignidade sem ter autonomia, desde que se considere que a entidade em questão possua valor intrínseco (p. ex., o caso do feto, do cadáver e do paciente em estado terminal), enquanto outros, como Macklin, consideram que só faz sentido falar em dignidade quando há autonomia ou a expectativa dela (como no caso de alguém dormindo ou de uma criança). Para essa segunda vertente, dado que o segundo conceito é mais claro do que o primeiro, é melhor se restringir ao conceito de autonomia – atitude predominante entre os pesquisadores acadêmicos na área de bioética.

Os contornos da dignidade humana são tão imprecisos que, durante julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), o Ministro Cezar Peluso defendeu que as "brigas de galo" deveriam ser proibidas sob o argumento de que, além de causar maus-tratos aos animais, essa prática

> ofende também *a dignidade da pessoa humana* porque, na verdade, ela implica de certo modo um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano [...] a proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam essas coisas que diminuem

> o ser humano como tal e ofendem, portanto, a proteção constitucional, a dignidade do ser humano. (STF, Voto do Min. Cezar Peluso na ADI 1856, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 26-5-2011, Diário da Justiça Eletrônico de 14-10-2011, grifo nosso).

Há também diversas decisões baseadas na ideia de que o endividamento financeiro excessivo ofende a dignidade humana. Por exemplo:

> [...] A falta de cautela quando da concessão de crédito pode levar o consumidor ao "superendividamento" e, nesses casos, mormente quando o desconto do valor dos empréstimos é efetuado em folha de pagamento ou conta salário, é medida abusiva e *contrária à dignidade da pessoa humana* quando tais descontos ultrapassem limites que retirem do devedor valores necessários à sua subsistência mínima e de sua família. (TJRJ, Ap. n. 0031316-43.2011.8.19.0001, 13ª Câmara Cível, Des. Rel. Valeria Dacheux, j. 29-4-2013, Diário da Justiça Eletrônico de 31-01-2014, grifo nosso).

Vale citar ainda o caso dos tratamentos de retinose pigmentar (uma anomalia degenerativa da retina) realizados em Cuba, cujos procedimentos eram pagos pelo SUS. Os tratamentos foram concedidos pelo Judiciário até aproximadamente o ano de 2004, época em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) mudou seu posicionamento, passando a entender, com base em Parecer Técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, que o tratamento em Cuba não teria sua eficácia comprovada.

A decisão que negou ao cidadão brasileiro o direito ao tratamento e ao custeio de despesas de viagem até Cuba não foi unânime, contando com dois votos vencidos. Em um deles (Ministro José Delgado), o argumento utilizado para a concessão do pedido estava baseado na dignidade da pessoa humana:

> [...] o art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, diz que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre tantos, é *zelar pela dignidade humana* e pela cidadania. Não há dignidade humana nem cidadania mais forte a ser zelada pelo Estado do que proporcionar todos os meios que sejam possíveis a quem necessita da saúde, em uma situação como a descrita, para que haja uma tentativa de solução.
> Não me impressiona a discussão científica a respeito porque não é o que está em jogo. O que me surpreende é que um cidadão está rigorosamente em vias de ficar cego, se já não ficou, sem direito à luz, sem direito ao sol, enfim, ao mínimo direito do cidadão, que é a visão. Concedo a segurança. (STJ, Voto do Min. José Delgado no MS n. 8.895/DF, Rela. Mina. Eliana Calmon, Diário da Justiça de 7-6-2004, p. 151, grifo nosso).

Como se pode notar nesse voto, além da dificuldade de decidir quando há ofensa à dignidade, há outro elemento que torna o conceito de dignidade humana muito problemático: sua tendência a ser utilizado de forma absoluta, como capaz de encerrar qualquer discussão, pois tem mais força do que todas as outras considerações. Isso fica claro na frase "não me impressiona a discussão científica a respeito porque não é o que está em jogo. O que me surpreende é que um cidadão está rigorosamente em vias de ficar cego".

A literatura jurídica contemporânea se alinha a esse mesmo entendimento, ao considerar, de forma pacífica, o princípio da dignidade da pessoa humana como o "valor máximo" ou o "supremo alicerce" do ordenamento jurídico brasileiro (TEPEDINO, 2001, p. 48; MORAES, 2003, p. 83; SILVA, 1998) e da ordem jurídica internacional (PIOVESAN, 2005). O problema em utilizar o termo de maneira absoluta é que, ainda que a disposição a sacrificar qualquer coisa em favor da mínima chance de salvar alguém seja adequada no âmbito privado, essa não é a atitude mais adequada para lidar com recursos públicos escassos. Nesses casos, a relação custo-efetividade e a equidade devem também ser levadas em consideração, sob pena de desperdiçar recursos públicos ou privilegiar alguns cidadãos em detrimento de outros – ofendendo, portanto, a própria igualdade de consideração, a motivação por detrás do respeito à dignidade humana.

3 A proposta de Luís Roberto Barroso

Em vista de tais imprecisões e abusos, Barroso (2013, p. 72) propõe três elementos para garantir a unidade e a objetividade da dignidade humana: (a) o valor intrínseco, (b) a autonomia e (c) o valor comunitário. O *valor intrínseco*, oposto a um valor adquirido, possui caráter ontológico, pois está presente na natureza do ser humano, do ser enquanto ser, independentemente de suas determinações particulares. Essa perspectiva toma o indivíduo como um fim em si mesmo e, em última análise, abstrai o ser humano de seus atributos pessoais (aplica-se tanto a recém-nascidos quanto a pessoas senis ou com determinado grau de deficiência mental). A dignidade é um atributo que nasceria com a pessoa e que não poderia ser perdido, alienado ou renunciado.

O segundo elemento que compõe a dignidade, segundo Barroso (2013, p. 81), é a já mencionada noção kantiana de *autonomia* (ou autonomia pessoal), o fato de que as pessoas são capazes de dar normas para si mesmas. Esse elemento dá dignidade às pessoas na medida em que elas são capazes de agir livremente, o que significa buscar realizar seus projetos de vida da forma que melhor desejarem, de acordo com sua visão do que é o bem e o correto, sendo capazes de resistir às tentações, coisa que os animais não humanos supostamente não são capazes de fazer.

O terceiro elemento da dignidade apresentado por Barroso (2013, p. 87) é o *valor comunitário*, o papel da comunidade e do Estado no estabelecimento de crenças

e metas coletivas. Nesse sentido, a dignidade seria uma restrição à autonomia individual, uma limitação a direitos e liberdades individuais em prol da dignidade de outros e de valores socialmente compartilhados. De acordo com Barroso, essas intervenções do Estado e da comunidade são legítimas apenas quando há um direito fundamental de outras pessoas sendo atingido ou há dano potencial para a própria pessoa, pressupondo que haja consenso social sobre a matéria.

A proposta de Barroso torna coerentes diversas ideias antes esparsas. Entretanto, como mostra a seção seguinte, há motivos para considerar que o princípio da dignidade humana deva ser substituído pelas noções de igualdade de consideração e respeito à autonomia. Mais especificamente, serão enfatizadas a vacuidade da noção de valor intrínseco, a redutibilidade da dignidade à autonomia e o fato de que o valor comunitário é uma limitação da dignidade, não um componente seu.

4 Uma nova proposta

Em vez de propor, como Barroso, que a ideia de dignidade tem um significado e três componentes, é mais adequado entender que ela possui *três significados diferentes, mas inter-relacionados*: a definição a partir de uma propriedade intrínseca, a definição a partir de condições externas (resumidas na ideia de mínimo existencial) e a definição a partir de propriedades adquiridas (em especial, a autonomia pessoal). Além dessa redefinição, nossa proposta inclui a indicação de que é mais adequado definir tecnicamente a dignidade humana sem utilizar o primeiro significado (mas reconhecendo que ele é empregado na linguagem comum e de alguns pesquisadores), preferindo uma combinação dos dois outros significados (o mínimo existencial e a autonomia pessoal).

4.1 A dignidade como uma propriedade intrínseca

A primeira definição da dignidade humana defende que as pessoas são dignas em si mesmas, não por causa de alguma qualidade que se esforçaram para ter ou por causa das condições em que vivem. Nessa versão, as pessoas não precisam fazer nada para se tornarem dignas e também nunca perdem sua dignidade (embora elas possam não ter a sua dignidade reconhecida por outros indivíduos). O que confere dignidade às pessoas é alguma propriedade intrínseca a elas, por exemplo, pertencer à espécie humana, a determinada família, ter sangue azul, ser filha de Deus ou ter o potencial para escrever poesias.

Suponhamos que o que confere dignidade às pessoas é o fato de pertencerem à espécie humana. Sob essa definição, mesmo depois de comandar a morte de milhões de inocentes, Hitler ainda teria dignidade. Em contrapartida, definida dessa maneira, a dignidade seria imediatamente perdida (ou melhor, nunca teria sido possuída) caso se descobrisse que a pessoa não pertence à espécie humana, apesar de possuir

características semelhantes às de outras pessoas consideradas dignas. Isto é, Nelson Mandela seria considerado indigno caso se descobrisse que ele possuía cromossomos diferentes do que é próprio dos seres humanos.

Como se pode observar, há grande arbitrariedade na definição intrínseca da dignidade (e no valor intrínseco, previsto na proposta de Barroso). Mas é exatamente ela que foi utilizada na Declaração Universal ("Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos"). Ela é claramente uma tentativa de destruir a visão hierárquica da dignidade, a visão pré-moderna, segundo a qual há indivíduos com mais valor do que outros. Sua função é protetora, isto é, impedir que alguns indivíduos sejam considerados intrinsecamente piores – e por isso sejam tratados de maneiras que seriam inaceitáveis em relação aos brancos, cristãos, arianos, homens, saudáveis ou qualquer outro grupo que esteja no poder.

Contudo, a dignidade como uma propriedade intrínseca não possui conteúdo positivo. Por isso, ela seria melhor expressa de forma negativa, por exemplo, "nenhum indivíduo ou grupo é superior a outros" ao invés de "todos possuem dignidade". Ela é uma forma retoricamente mais forte de defender que os interesses de todos devem ter o mesmo valor. Em outras palavras, deve haver *igualdade de consideração*. Portanto, apesar de normalmente ser formulada como uma afirmação descritiva positiva (todos possuem dignidade), seu verdadeiro significado é negativo e normativo (ninguém deve ser tratado como superior).

4.2 A dignidade como resultado de propriedades extrínsecas: o mínimo existencial

A noção de dignidade é tão polissêmica que é possível dar-lhe uma definição partindo de propriedades extrínsecas ao invés de intrínsecas: a dignidade entendida como reflexo das condições externas, do padrão de vida. Nesse caso, alguém se torna indigno (isto é, perde sua dignidade) caso viva em certas condições, que normalmente chamamos de "degradantes". Considere, por exemplo, um mendigo que não se importa mais em tomar banho, que come restos de comida jogados no chão, urina em si mesmo e dorme no meio dos cachorros na rua. Na definição intrínseca de dignidade, esse indivíduo continua digno, ele continua merecendo igualdade de consideração, por exemplo, seu voto continua tendo o mesmo valor que o voto do presidente da República. Entretanto, segundo a definição extrínseca, esse indivíduo perdeu sua dignidade, sua vida é indigna de um ser humano.

É esse sentido da dignidade que está por detrás de expressões como "ele foi submetido a tratamento desumano", que significa que alguém foi colocado em condições que não condizem com as capacidades humanas (fome, humilhação, tortura etc.). É também esse tipo de raciocínio que está por detrás da condenação de práticas como o arremesso de anões – um jogo em que o objetivo é arremessar um anão o mais distante possível, com seu consentimento. E é ainda esse o sentido que está por detrás do art. 170 da Constituição brasileira: "A ordem econômica, fundada na valorização

do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos *existência digna*" (BRASIL, 1988).

Em todos esses casos o raciocínio é que certas condições de vida ou práticas são "desumanizadoras" ou "indignas", pois submetem os seres humanos a sentimentos e comportamentos abaixo do que eles são capazes, tratando-os como objetos ou como animais (isto é, animais não humanos). Tratar alguém como objeto ou como animal normalmente significa desconsiderar o seu sofrimento físico e emocional, seus planos de vida, sua autoestima, sua reputação, seu potencial intelectual etc. Por exemplo, arremessar o anão é tratá-lo como um peso, não como uma pessoa, e escravizar alguém é desconsiderar suas vontades. O problema em submeter os seres humanos a sentimentos e comportamentos abaixo do que são capazes estaria no fato de que isso poderia impedir o desenvolvimento ou o exercício das capacidades mais complexas de que eles são capazes.

A ligação entre as condições externas e a dignidade pode se dar de duas maneiras: elas podem ser *sinais* da dignidade ou *pré-requisitos* para que ela exista. No primeiro tipo, certos elementos serviriam para relembrar e enfatizar o fato de que as pessoas não são objetos ou meros animais. Uma suposta ilustração desse primeiro tipo de ligação é fornecida por Leon Kass, ex-diretor do Conselho Presidencial de Bioética dos Estados Unidos durante o governo de George W. Bush:

> Worst of all from this point of view are those more uncivilized forms of eating, like licking an ice cream cone – a catlike activity that has been made acceptable in informal America but that still offends those who know eating in public is offensive. [...] [E]ating on the street – even when undertaken, say, because one is between appointments and has no other time to eat – displays in fact such a lack of self-control: It beckons enslavement to the belly. [...] Lacking utensils for cutting and lifting to mouth, he will often be seen using his teeth for tearing off chewable portions, just like any animal. [...] This doglike feeding, if one must engage in it, ought to be kept from public view, where, even if we feel no shame, others are compelled to witness our shameful behavior (KASS, 1994, p. 148-149).

Esse exemplo deixa patente o quanto há de normativo (e potencialmente arbitrário) na definição extrínseca da dignidade humana. Diferentes culturas, épocas, grupos e até mesmo pessoas podem divergir bastante em relação ao que consideram "indigno". Por exemplo, há quem diga que "o trabalho dignifica o homem", mas também há quem considere que certos trabalhos são degradantes. Alguns consideram que as danças de funk carioca, a prostituição e os relacionamentos homossexuais ferem a dignidade humana, enquanto outros as consideram perfeitamente aceitáveis.

Apesar da subjetividade da definição dos sinais da dignidade, é preciso enfatizar que uma importante justificativa para resguardá-los está no fato de que sua ausência pode gerar uma espiral de desumanização e maus-tratos (PINKER, 2008). Por exemplo, quando prisioneiros são forçados a viver na miséria ou quando os judeus da Alemanha nazista eram degradados e humilhados, as pessoas tendiam a achar mais fácil desprezá-los. De acordo com tal abordagem, práticas que violem a dignidade poderiam gerar novas práticas violadoras, e assim por diante.

No segundo tipo de ligação entre a dignidade e os elementos externos, a causalidade é inversa: são os elementos externos que causam a dignidade, e não ela que dá origem a esses elementos, os sinais. Nesse sentido, certos elementos são condições ou pré-requisitos para que as pessoas tenham dignidade. Isso se aproxima do que se compreende como "mínimo existencial" ou "mínimo social" (WHITE, 2004), que também se relaciona à garantia, normalmente pelo Estado – mas que exige o respeito e a colaboração de toda a sociedade –, de uma esfera mínima e intocável de direitos e recursos, capaz de prover a subsistência do indivíduo (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 247). Segundo Barcellos (2002, p. 305), o mínimo existencial "consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade".

Contudo, Sarlet (2007) sustenta que o mínimo existencial não deve ser confundido ou identificado apenas com o mínimo vital capaz de garantir a sobrevivência. Com base na jurisprudência alemã e portuguesa, ele afirma que o mínimo existencial deve garantir uma vida com certa qualidade, se consubstanciando em um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna. Nessa linha, o mínimo existencial exigiria um teto onde se abrigar, alimentos para se manter, roupas adequadas para vestir, educação, trabalho, segurança, salário de acordo com as necessidades mínimas de subsistência, dentre outras necessidades que garantam um mínimo de bem-estar ou uma "existência digna" (isto é, adequada a uma pessoa).

Por se relacionar, assim, ao conjunto de ações incumbidas ao Estado na promoção de direitos de natureza social, o conceito de mínimo existencial avança para o campo das políticas públicas, que podem ser conceituadas, nesse contexto, como "as metas e os instrumentos de ação que o poder público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger" (DI PIETRO, 2013, p. 22). A garantia do mínimo existencial passaria, então, pela promoção estatal de condições razoáveis de bem-estar às pessoas, a partir, especialmente mas não exclusivamente, de direitos sociais.

No Brasil, há referências ao mínimo existencial em casos no âmbito do STF relacionados, por exemplo, ao acesso à educação (RE 410.715/SP), às ações afirmativas para pessoas com deficiência (ADI 2.649/DF), ao acesso à justiça por populações carentes e desassistidas por meio da Defensoria Pública (AI 598.212) e ao acesso a serviços de saúde e medicamentos (STA 175/CE). Por exemplo:

> [...] defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o "mínimo existencial" de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. (STF, STA 175 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, j. 17-3-2010, Diário da Justiça Eletrônico de 30-4-2010).

O direito ao mínimo existencial não está previsto de forma expressa no direito brasileiro, mas é comum entendê-lo como decorrência tanto da dignidade da pessoa humana quanto da busca pela erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais:

> A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (STF, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 23-8-2011, Diário da Justiça Eletrônico de 15-9-2011).

A noção de mínimo existencial busca proporcionar objetividade à noção de dignidade da pessoa humana entendida como condições externas condizentes com a igual consideração dos interesses de todas as pessoas dadas as capacidades que as separam dos objetos e dos outros animais. Em outras palavras, o mínimo existencial consiste no conteúdo básico dos direitos fundamentais que devem ser protegidos. Entretanto, a dificuldade apenas mudou de lugar, ela agora está em definir o que é esse conteúdo básico ou mínimo. Ele inclui apenas os nutrientes para se manter vivo ou também educação, moradia, emprego, cultura e lazer? Como definir onde terminam as necessidades básicas e começam os gostos supérfluos?

4.3 A dignidade como resultado de propriedades adquiridas: a autonomia pessoal

Um primeiro elemento para a solução desse impasse é identificar o que caracteriza uma pessoa. O mínimo existencial é composto pelas condições necessárias para que um ser humano possa ser uma pessoa. E esse movimento abre caminho para a terceira

definição do que é a dignidade humana, a definição baseada nos atributos do indivíduo. Como vimos, a definição intrínseca é vazia, ela não explica por que as pessoas têm dignidade, por que merecem igualdade de consideração. Por sua vez, a definição baseada nas condições externas aponta para o perigo da desumanização, mas é incompleta porque não especifica quais os atributos cuja perda retiraria a dignidade.

De acordo com a terceira definição de dignidade, as pessoas precisam fazer algo para merecê-la, não basta possuir certa característica intrínseca ou possuir certas condições exteriores. É esse sentido que está por detrás de alguns usos cotidianos do conceito, tais como "ele não é digno de confiança", "não sou digno do seu amor" ou "ele não é uma pessoa digna do convívio social". Nessas expressões, utilizam-se versões mais específicas da dignidade (digno de amor, de confiança ou do convívio social), mas quando empregada no sentido mais geral, "a dignidade da pessoa humana", também pode ser compreendida como exigindo que os indivíduos tenham certos atributos para que mereçam o *status* associado à pessoalidade.

Diversos atributos já foram propostos na literatura especializada como decisivos para conferir dignidade às pessoas (por exemplo, autoconsciência, racionalidade, inteligência, complexidade emocional e capacidade de se comunicar). Não há espaço aqui para analisar adequadamente qual deles (ou qual combinação entre eles) seria o mais adequado. Entretanto, um ponto de consenso entre Barroso, Kant, Macklin e Pinker é a afirmação de que a autonomia é um elemento central da dignidade. A diferença está em que Kant, Macklin e Pinker consideram que o respeito à autonomia exaure o que há de importante no conceito de dignidade humana, ao passo que Barroso considera que há ainda o valor intrínseco e o valor comunitário. Miranda (2001) bem observa que dignidade e autonomia são conceitos incindíveis, relacionados à própria garantia dos direitos de liberdade.

Acima, mostramos como a ideia de valor intrínseco abre espaço para arbitrariedades e por isso é inadequada quando a dignidade é empregada em uma função substancial, isto é, na solução de conflitos entre interesses individuais – apesar de ter sido decisiva para a ruptura com a visão hierárquica da dignidade, quando compreendida como a afirmação de que nenhum grupo tem mais dignidade do que outro.

Em relação ao valor comunitário proposto por Barroso (2013), há motivos para não considerá-lo como um elemento da dignidade, mas sim como um limite dela. Segundo o autor, esse valor seria fruto do papel da comunidade e do Estado no estabelecimento de crenças e metas coletivas. Contudo, dado que tal valor aponta para o problema de compatibilizar o respeito à dignidade de diferentes indivíduos entre si e deles com a sociedade em que vivem, ele deve ser compreendido como algo *externo* à dignidade individual.

As crenças e metas coletivas são barreiras (compreendendo-as em um sentido mais negativo) ou molduras (um sentido mais positivo) ao exercício dos direitos individuais. Em qualquer caso, são limitações a eles, são maneiras de lidar com os conflitos que

surgem entre os indivíduos. Por isso, elas são restrições à dignidade que se confere a essas pessoas, não um componente desse *status*. Portanto, o valor comunitário é melhor compreendido como limite, e não como elemento da dignidade.

Diante desses problemas com o elemento intrínseco e com o elemento comunitário propostos por Barroso, resta como núcleo da ideia de dignidade da pessoa humana o elemento da autonomia, o ponto em que sua proposta converge com o que foi defendido por Kant, Macklin e Pinker (mas, vale ressaltar, a autonomia kantiana é um conceito mais exigente do que aquele empregado por esses dois últimos autores, ao remeter ao reino dos fins e à legislação universal).

Retomemos então as três definições de dignidade que apresentamos. A primeira delas diz que ser digno é possuir uma propriedade intrínseca, que não se faz por merecer e que não se pode perder. Essa proposta foi considerada excessivamente arbitrária para a função substancial. A segunda definição diz que a dignidade seria dada pelas condições em que se vive, mais especificamente, as pessoas são dignas quando possuem um mínimo existencial. Porém, para definir esse mínimo seria necessário identificar o que confere dignidade às pessoas, levando então à terceira definição de dignidade, aquela segundo a qual as pessoas são dignas – isto é, merecem igualdade de consideração de seus interesses – porque possuem algum atributo. Elas precisam fazer por merecer a dignidade e podem perdê-la caso percam esse atributo.

A autonomia pessoal é esse atributo. Ela é a capacidade que as pessoas têm de escolher seus objetivos, resistindo a tentações e fazendo escolhas livres. O mínimo existencial seria composto então por aqueles elementos necessários para o exercício da autonomia. Ele incluiria não apenas os nutrientes e serviços médicos imprescindíveis para se manter vivo, mas também a proteção à integridade física, à liberdade de expressão, à liberdade religiosa, à privacidade, o acesso à educação, a proteção contra danos morais, entre outros aspectos.

É preciso reconhecer, entretanto, que compreender o princípio da dignidade humana como respeito à autonomia apenas torna a noção menos controversa, não a torna imune a dúvidas. Ao menos duas delas merecem ser mencionadas. Um problema que aparece ao condicionar a dignidade humana à capacidade de ter autonomia está no fato de que nem todos os seres humanos a possuem, por exemplo, as crianças e os portadores de deficiências mentais graves. Isso implicaria que eles não são dignos, não merecem igualdade de consideração. Por isso, as questões do descarte de embriões e do aborto provocam grande controvérsia sobre o início da personalidade jurídica, pois nesses estágios do desenvolvimento *ainda* não é biologicamente possível haver as capacidades mentais necessárias para a autonomia (FRIAS, 2012; FRIAS, 2013). Contudo, uma dificuldade ainda maior está no caso dos indivíduos que *nunca terão* o desenvolvimento cognitivo suficiente para ter autonomia. Esse é um tema bastante controverso entre bioeticistas – McMahan (2002, p. 203-230) apresenta e analisa a literatura pertinente – e não é possível analisá-lo adequadamente aqui. Uma alternativa (não

sem problemas) seria reconhecer que a justificativa para dar igualdade de consideração a seus interesses está, não na dignidade, mas sim na compaixão para com seu sofrimento e suas limitações.

Outro tipo de problema que surge ao se definir o respeito à dignidade como respeito à autonomia aparece naqueles casos em que os indivíduos consentem em algo que outros julgam que seja indigno. Estão nessa situação casos tão díspares quanto a prostituição, a pornografia violenta, o arremesso de anões, algumas brincadeiras televisivas (como algumas do *Pânico na TV)*, sadomasoquismo, mutilação voluntária e o suicídio assistido (a eutanásia voluntária).

Há quem argumente contra essas práticas dizendo que a suposta renúncia voluntária à dignidade levaria à insensibilidade dos demais e à tendência a causar prejuízos a terceiros. Por exemplo, as brincadeiras sexistas, humilhantes e violentas com o consentimento dos participantes no *Pânico na TV* poderiam levar a comportamentos semelhantes para com pessoas que não deram seu consentimento (como acontece algumas vezes no próprio programa); ao passo que a pornografia violenta poderia incentivar a violência contra as mulheres. No entanto, estabelecer esse tipo de causalidade não é tarefa simples.

De qualquer maneira, ainda que restem casos tão controversos quanto estes, compreender o respeito à dignidade como respeito à autonomia torna a discussão mais precisa do que compreendê-la como um valor intrínseco não explicável ou como certo padrão de vida definido de maneira não sistemática. De acordo com o que foi proposto aqui, as pessoas têm valor porque têm autonomia e uma vida digna é aquela que permite o desenvolvimento e o exercício da autonomia.

Considerações finais

"Devemos garantir que todos tenham uma vida digna", "todas as pessoas têm a mesma dignidade e os mesmos direitos", "ninguém deve sofrer tratamento desumano", "devemos ajudar pessoas em situações degradantes". O apelo à dignidade humana é comum não apenas no discurso jurídico, mas também na linguagem cotidiana. Esse conceito se originou na Roma antiga, ganhou mais força com o advento do Iluminismo e se tornou fundamental no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Antigamente, o conceito de dignidade servia para marcar uma hierarquia entre os indivíduos, porém, hoje ele é empregado no discurso transnacional para *negar* que haja uma hierarquia entre os indivíduos, para coibir violações aos direitos humanos, como as verificadas na Alemanha nazista.

No presente artigo, demonstrou-se que a dignidade não deve ser entendida como a afirmação positiva de uma propriedade intrínseca, o que gera imprecisões e arbitrariedades, mas sim como uma afirmação normativa sobre uma propriedade adquirida, que requer condições para se desenvolver e ser exercida. A dignidade é a propriedade

que as pessoas possuem pelo fato de serem capazes de decidir sobre seus próprios objetivos, a autonomia pessoal. Tal propriedade justifica a exigência de que os interesses fundamentais das pessoas sejam protegidos por meio da garantia de um mínimo de condições básicas para sua existência, um mínimo existencial. Esse é o raciocínio que está por detrás da garantia dos direitos à vida, à saúde, à educação, à liberdade de expressão, dentre outros.

Em resumo, a conclusão deste trabalho é que frases tais como "as pessoas nascem iguais em dignidade e direitos" devem ser compreendidas como "ninguém deve ser tratado como tendo mais valor do que outras pessoas" e afirmações do tipo "o princípio da dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil" devem ser compreendidas como "devemos dar condições para as que as pessoas desenvolvam e exerçam sua capacidade de escolha". Entendido dessa maneira, o apelo à dignidade humana mantém sua função protetiva e não tende a ser utilizado de maneira absoluta e demasiado exigente quando empregado em sua função substancial, porque a capacidade de escolha dos indivíduos deve ser limitada por diversos fatores, tais como a escassez de recursos e os interesses de outros indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). *Intervenção judicial na saúde pública*. Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das justiças estaduais. Brasília: Advocacia Geral da União; Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: <http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa——o—-2012—-modificado-em-junho-de-2013.pdf >. Acesso em: 9 jul. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 35, n. 2, p. 331-393, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 jul. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013.

FRIAS, Lincoln. *A ética do uso e da seleção de embriões*. Florianópolis: Ed. UFSC, 2012.

_____. O argumento do valor intrínseco da vida humana contra a morte de embriões humanos. *Ethic@*, v. 11, n. 3, 2013.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KASS, Leon R. *The hungry soul: Eating and the perfecting of our nature*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.
LOPES, Nairo; FRIAS, Lincoln. A política pública de medicamentos e sua judicialização. *Caderno de Estudos Interdisciplinares*, v. 1, n. 1, p. 27-41, 2014.
MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. *British Medical Journal*, London, n. 327, 2003.
MCMAHAN, Jeff. *The ethics of killing*: problems at the margins of life. Oxford: Oxford University Press, 2002.
MIRANDA, Jorge A. Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. *Revista de direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 45, p. 81-91, out.-dez. 2003.
MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, n. 219, p. 237-251, jan.-mar. 2000.
PINKER, Steven. The stupidity of dignity. *The New Republic*, Washington, May, 2008. Disponível em: <http://www.newrepublic.com/article/thestupidity-dignity>. Acesso em: 9 jul. 2015.
PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 833, p. 41-53, mar. 2005.
SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 1º, III. In: CANOTILHO, José Joaquim G. et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121-128.
_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 61, p. 90-125, jan.-mar. 2007.
SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr.-jun. 1998.
TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
WHITE, Stuart. Social Minimum In: ZALTA, Edward N. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition). Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/social-minimum/>. Acesso em: 9 jun. 2015.

Lincoln Frias

Varginha – MG – Brasil
lincolnfrias@gmail.com

Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais.
Professor da Universidade Federal de Alfenas.

Nairo Lopes

Alfenas – MG – Brasil
nairolopes@gmail.com

Mestre pela Universidade Federal de Alfenas.
Professor da Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS.

ANOTAÇÕES

EDITORIAL POLICY

REVISTA DIREITO GV (DIREITO GV LAW REVIEW) IS A GENERAL JOURNAL THAT PUBLISHES ARTICLES, BOOK REVIEWS AND ESSAYS IN SEVERAL FIELDS OF BRAZILIAN, INTERNATIONAL AND GLOBAL LAW. IT ALSO PUBLISHES PAPERS ON THEORY OF LAW, SOCIOLOGY OF LAW, PHILOSOPHY OF LAW AND HISTORY OF LAW.

THE JOURNAL IS OPEN TO DIFFERENT THEORETICAL AND METHODOLOGICAL APPROACHES, INCLUDING INTERDISCIPLINARY PAPERS AND ARTICLES THAT FALL INTO THE FIELDS OF LAW & DEVELOPMENT, LAW & SOCIETY AND LAW & ECONOMICS. IT ALSO REVIEWS AND PUBLISHES PAPERS CONCERNED WITH TEACHING TECHNIQUES IN LAW AND LEGAL RESEARCH METHODS.

THE 'BOOK REVIEWS AND ESSAYS' SECTION AIMS TO ATTRACT READERS' ATTENTION TO RELEVANT BRAZILIAN AND FOREIGN BOOKS AND ARTICLES, IN ORDER TO PROVOKE CRITICAL EXCHANGE. BOOKS OF ACADEMIC INTEREST ARE PREFERRED TO THOSE PRIMARILY FOCUSED ON PROFESSIONAL USE. ESSAYS ARE FORMAT-FREE, AND SELECTED FOR THEIR RELEVANCE AND NOVELTY.

REVIEW

EVERY ARTICLE IS REVIEWED BY THE EDITOR-IN-CHIEF (DESK REVIEW) WHO ASSESSES WHETHER OR NOT IT FITS THE JOURNAL'S EDITORIAL POLICY, ITS ACADEMIC CONTRIBUTION AND WHETHER OR NOT IT MEETS THE FORMAL SUBMISSION REQUIREMENTS. THE ARTICLE IS THEN SENT TO TWO ANONYMOUS REFEREES WHO EVALUATE ITS CONTENT AND STYLE IN ACCORDANCE WITH THE PRINCIPLES OF DOUBLE BLIND PEER REVIEW. COMMENTS WILL THEN BE FORWARDED TO THE AUTHOR FOR ACKNOWLEDGMENT, ACCEPTANCE OR IMPROVEMENT. IN THE LATTER CASE, A MODIFIED TEXT CAN BE SENT TO THE JOURNAL TO BE RE-EVALUATED BY THE EDITOR-IN-CHIEF. AUTHORS WILL BE EMAILED ABOUT THE STATUS OF THE EVALUATION PROCESS AND WILL BE ABLE TO ACCESS REFEREES' COMMENTS ON THEIR ARTICLE. EXCEPTIONALLY, THE EDITOR-IN-CHIEF CAN INVITE ARTICLE SUBMISSIONS.

SUBMISSIONS

ARTICLES, BOOK REVIEWS AND ESSAYS MUST BE WRITTEN IN PORTUGUESE, SPANISH OR ENGLISH, AND MUST NOT HAVE BEEN PUBLISHED ELSEWHERE OR BE UNDER CONSIDERATION BY OTHER JOURNALS. THEY CAN BE MAILED ELECTRONICALLY TO **REVISTADIREITOGV@FGV.BR** ALONG WITH THE FORM "STATEMENT OF SUBMISSION, NOVELTY AND ORIGINALITY; AUTHORIZATION FOR PUBLICATION AND TRANSFERENCE OF COPYRIGHTS", AVAILABLE AT: BITLY.COM/RDGV-TERM.

WE ASK AUTHORS TO INFORM **REVISTA DIREITO GV** OF ANY FINANCIAL SUPPORT, PRIVATE OR PUBLIC, AND OF ANY MATTER REGARDING THE ARTICLE THAT COULD CREATE CONFLICTS OF INTEREST.

ARTICLES MUST HAVE A MAXIMUM OF 30 PAGES OF 2100 CHARACTERS PER PAGE, INCLUDING SPACES. LONGER PAPERS CAN BE PUBLISHED SUBJECT TO THE EDITOR'S EVALUATION.

BOOK REVIEWS MUST HAVE A MAXIMUM OF 10 PAGES OF 2100 CHARACTERS PER PAGE, INCLUDING SPACES, PREFERABLY WITHOUT FOOTNOTES. THEY MUST HAVE A TITLE AND SHOULD NOT BE PRECEDED BY AN ABSTRACT. SUGGESTIONS FOR BOOKS TO BE REVIEWED CAN BE SENT TO THE EDITOR BY EMAIL. ***ESSAYS*** MUST HAVE A MAXIMUM OF 15 PAGES OF 2100 CHARACTERS PAGE, INCLUDING SPACES.

SUBMISSIONS MUST FOLLOW THE GUIDELINES BELOW:

FORMATTING RULES:

TEXT EDITOR: ***MICROSOFT WORD***

MARGINS (LEFT, RIGHT, TOP, BOTTOM): ***3 CM***

PAGE NUMBER: ***RIGHT SIDE, INFERIOR CORNER***

FONT: ***TIMES NEW ROMAN, 12 POINT***

PARAGRAPH: ***ALIGNMENT: JUSTIFIED; DOUBLE SPACING; SPACE BEFORE TEXT: 0; SPACE AFTER TEXT: 12 POINT***

FIRST PAGE OF THE SUBMITTED TEXT MUST HAVE:

- ***TITLE*** WITH A MAXIMUM OF 8 WORDS, BOLD, IN EITHER PORTUGUESE OR ENGLISH
- ***ABSTRACT WRITTEN IN PORTUGUESE*** (OR SPANISH), WITH ABOUT 150 WORDS, LEFT ALIGNED, CONTAINING ***STUDY FIELD, OBJECTIVES, METHODOLOGY, RESULTS AND CONCLUSIONS***
- FIVE ***KEYWORDS*** IN PORTUGUESE, LEFT ALIGNED
- ***ABSTRACT WRITTEN IN ENGLISH***, WITH ABOUT 150 WORDS, LEFT ALIGNED, CONTAINING STUDY FIELD, OBJECTIVES, METHODOLOGY, RESULTS AND CONCLUSIONS
- FIVE ***KEYWORDS*** IN ENGLISH, LEFT ALIGNED

REFERENCES MUST BE CITED IN THE BODY OF TEXT, INCLUDING AUTHOR'S LAST NAME, YEAR AND PAGE OF THE PUBLICATION. EXAMPLE: "A CHAMADA 'PANDECTÍSTA' HAVIA SIDO A FORMA PARTICULAR PELA QUAL O DIREITO ROMANO FORA INTEGRADO NO SÉCULO XIX NA ALEMANHA EM PARTICULAR" (LOPES, 2000, P. 225). A COMPLETE BIBLIOGRAPHY MUST BE PRESENTED IN ALPHABETICAL ORDER AT THE END OF THE TEXT.

NOTES MUST BE CUT TO THE MINIMUM NEEDED AND PRESENTED AT THE END OF TEXT, SEQUENTIALLY NUMBERED, BEFORE THE BIBLIOGRAPHY.

DIAGRAMS, GRAPHS AND TABLES MUST PRESENT TITLE AND SOURCE, AND BE PLACED AT THE END OF TEXT, AFTER THE BIBLIOGRAPHY. THEIR POSITION HAVE TO BE INDICATED IN THE BODY OF THE ARTICLE, AVOIDING REPETITION OF INFORMATION IN BOTH CHART AND TEXT.

COMPLEMENTARY INFORMATION

IN THE SAME FILE, THE AUTHOR MUST ADD A ***COVER LETTER*** CONTAINING THE FOLLOWING INFORMATION: TITLE OF THE ARTICLE, FOLLOWED BY AUTHOR'S IDENTIFICATION – FULL NAME, EDUCATION, INSTITUTIONAL AFFILIATION, FULL ADDRESS, TELEPHONE AND EMAIL.

AUTHORS ARE FULLY AND EXCLUSIVELY RESPONSIBLE FOR THEIR ARTICLES.

COPYRIGHTS

REVISTA DIREITO GV OWNS THE PATRIMONIAL RIGHTS OF ALL ARTICLES, BOOK REVIEWS AND ESSAYS PUBLISHED, INCLUDING TRANSLATIONS RIGHTS.

REVISTA DIREITO GV ADOPTS THE CREATIVE COMMONS ATTRIBUTION-NONCOMMERCIAL 4.0 INTERNATIONAL LICENSE, EXCEPT WHERE IS IDENTIFIED OTHERWISE. FULL OR PARTIAL COPIES AND REPRODUCTIONS ARE ALLOWED, SINCE PROVIDED FOR NON-COMMERCIAL PURPOSES AND WITH THE IDENTIFICATION OF ITS SOURCE.

FOR ALL OTHER PURPOSES, THE PERMISSION OF **REVISTA DIREITO GV** IS REQUIRED.

POLÍTICA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é generalista. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos (nacional ou internacionalmente) sobre a dogmática das diversas áreas do Direito nacional, internacional e global, além de trabalhos de pesquisa aplicada e textos de Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e História do Direito.

A Revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares e artigos que se enquadrem nos campos de pesquisa Direito e Desenvolvimento (*Law & Development*), Direito e Sociedade (*Law & Society*) e Direito e Economia (*Law & Economics*). Ademais, recebe trabalhos sobre ensino e pesquisa em Direito.

A seção de resenhas e ensaios tem como objetivo chamar a atenção dos leitores para livros e revistas, nacionais e estrangeiros, relevantes e suscitar discussões críticas sobre eles. As resenhas privilegiam títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios possuem forma livre e são selecionados por sua relevância e novidade.

AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia (*desk review*) realizada pela editora-chefe, verificando sua adequação à política editorial da Revista, seu potencial para publicação e o atendimento aos requisitos formais de submissão. Após essa avaliação, os artigos aprovados são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *double blind peer review*. Recebidos os pareceres, estes são encaminhados para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a Revista. Será novamente avaliado em função das alterações. Os autores serão informados por e-mail sobre o andamento da avaliação e terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pela Editora.

SUBMISSÃO DE ARTIGOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês e não podem estar sob avaliação em outro periódico. Os autores só poderão submeter um artigo por vez, seja como autor principal ou em coautoria, exceção feita às chamadas de trabalhos temáticas ou dossiês especiais. Os artigos devem ser encaminhados pelo e-mail **revistadireitogv@fgv.br** juntamente com o "Termo de submissão de artigo, declaração de ineditismo e originalidade, termo de autorização para publicação e cessão dos direitos autorais", disponível em: bitly.com/rdgv-termo.

Solicita-se que o autor informe à Revista qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais ou não, e que declare não haver conflito de interesses que comprometa o trabalho apresentado.

Os **artigos** devem ter até 30 laudas de 2100 caracteres com espaços. Textos mais extensos do que o padrão serão publicados, a critério da editora, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem ter até 10 laudas de 2100 caracteres com espaços, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros a serem resenhados podem ser encaminhadas para o e-mail da Revista. Os **ensaios** devem apresentar até 15 laudas de 2100 caracteres com espaços.

Os artigos deverão ser encaminhados para a Redação com as seguintes características:

Regras de formatação

- Editor de texto: **Microsoft Word**
- Margens: esquerda, direita, superior e inferior de **3 cm**

Paginação: **canto inferior direito**

- Fonte: **Times New Roman, tamanho 12**
- Parágrafo: **alinhamento justificado; espaçamento entre linhas: duplo; espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos**

A primeira página do artigo deve conter:

- **Título**, com, no máximo, oito palavras, em negrito (português e inglês)
- **Resumo em português** (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, **contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão**
- Cinco **palavras-chave**, alinhamento à esquerda, em português
- **Resumo em inglês**, com cerca de 150 palavras, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusões
- Cinco **palavras-chave**, alinhamento à esquerda, em inglês

Referências devem seguir o sistema de chamada autor-data (ABNT NBR-10520), isto é, as citações devem vir no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página de publicação. Ex.: "A chamada 'pandectísta' havia sido a forma particular pela qual o direito romano fora integrado no século XIX na Alemanha em particular" (Lopes, 2000, p. 225). As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto (ABNT NBR-6023).

Notas devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas ao final do texto, numeradas sequencialmente, antes das referências bibliográficas.

Diagramas, quadros e tabelas devem apresentar título e fonte e ser colocados ao final do texto, após as referências. Sua posição deve ser indicada no próprio texto, constando referência a eles no corpo do artigo. Deve-se evitar a repetição de informações contidas no texto.

Informações complementares

No mesmo arquivo, o autor deverá enviar uma **capa** (página de rosto) contendo as seguintes informações: título do artigo; seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, titulação, instituição à qual está ligado, endereço para correspondência, telefone e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

DIREITOS AUTORAIS

A **REVISTA DIREITO GV** detém os direitos patrimoniais dos artigos, resenhas e ensaios que publica, inclusive os de tradução.

A **REVISTA DIREITO GV** adota a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional, 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 de sua fonte.

Para todos os outros fins, é necessária a autorização expressa da **REVISTA DIREITO GV**.

v. 11 n. 2 jul-dez 2015

EDITORIAL: **351**

Gênero, raça e pobreza: a abordagem de múltiplas identidades pelo direito

ENGULFED BY THE FAMILY: WOMEN IN THE COLOMBIAN DEVELOPMENT STATE BETWEEN 1966 AND 1990
HELENA ALVIAR GARCIA: **365**

DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA
CARMEN HEIN DE CAMPOS: **391**

ACESSO À JUSTIÇA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES: AS PERCEPÇÕES DOS OPERADORES JURÍDICOS E OS LIMITES PARA A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA
WÂNIA PASINATO: **407**

CLAIMING AND DEFENDING ABORTION RIGHTS IN SOUTH AFRICA
CATHI ALBERTYN: **429**

A DEFENSORIA PÚBLICA E O RECONHECIMENTO DAS DIFERENÇAS: POTENCIALIDADES E DESAFIOS DE SUAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS EM SÃO PAULO
VANESSA ALVES VIEIRA E CLIO NUDEL RADOMYSLER: **455**

CEDAW AND WOMEN'S INTERSECTING IDENTITIES: A PIONEERING NEW APPROACH TO INTERSECTIONAL DISCRIMINATION
MEGHAN CAMPBELL: **479**

A CONSTRUÇÃO DA MEMÓRIA E DA VERDADE NUMA PERSPECTIVA DE GÊNERO
MARIA AMÉLIA DE ALMEIDA TELES: **505**

ENTRE A SOBERANIA DA LEI E O CHÃO DA PRISÃO: A MATERNIDADE ENCARCERADA
ANA GABRIELA MENDES BRAGA: **523**

A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DA MATERNIDADE NA PRISÃO
LUCIANA SIMAS, MIRIAM VENTURA, MICHELLY RIBEIRO BAPTISTA E BERNARD LAROUZÉ: **547**

ENSAIO
PESQUISAS EM CADEIA
DEBORA DINIZ: **573**

Outros temas

ENTRE UM SISTEMA ELEITORAL DISPERSIVO E UM REGRAMENTO PARLAMENTAR CONCENTRADOR: O COMPORTAMENTO DOS DEPUTADOS FEDERAIS
JÚLIO ROBERTO DE SOUZA PINTO: **589**

CONSTITUINDO A CONSTITUIÇÃO: ENTRE PARADOXOS, RAZÕES E RESULTADOS
BRUNO MENESES LORENZETTO E KATYA KOZICKI: **623**

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA
LINCOLN FRIAS E NAIRO LOPES: **649**

ISSN 1808 - 2432
9 771808 243005