



Verena Holanda de Mendonça Alves  
Rafaela Teixeira Sena Neves  
Livia Teixeira Moura  
(orgs.)

# Direito Contemporâneo em Debate

Estudos transdisciplinares

VOLUME 2



É no sentido de propagar as mais diversas discussões sobre os reflexos dos problemas da contemporaneidade para o direito, demonstrando como as perspectivas histórica, política, econômica e ética atuam na alçada jurídica, que este livro propõe uma ampla e aprofundada revisão de literatura baseada em autores da academia jurídica, mas também sociológica, filosófica, econômica, política, urbanística, potencializando a orientação crítica para qual o conhecimento científico, comprometido com a verdade e com a honestidade intelectual deve estar voltado. É de se afirmar, portanto, serem os artigos aqui apresentados uma coleção de textos vinculados à ideia de um direito construído a partir do diálogo verdadeiro com a comunidade que subjaz a estrutura estatal e por verdadeiro quer-se dizer baseado na participação de todas as vozes, cujas falas exprimem a multiplicidade de pautas condizente com a pluralidade humana.



## **Direito contemporâneo em debate**



# Direito contemporâneo em debate

Estudos transdisciplinares

Volume 2

Organizadores

**Livia Teixeira Moura**

**Rafaela Sena Daibes Resque**

**Verena Holanda de Mendonça Alves**



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)  
[https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

MOURA, Livia Teixeira; RESQUE, Rafaela Sena Daibes; ALVES, Verena Holanda de Mendonça (Orgs.)

Direito contemporâneo em debate, volume 2: estudos transdisciplinares [recurso eletrônico] / Livia Teixeira Moura; Rafaela Sena Daibes Resque; Verena Holanda de Mendonça Alves (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

327 p.

ISBN - 978-65-5917-391-4

DOI - 10.22350/9786559173914

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direitos Fundamentais; 2. Direitos Humanos; 3. Legislação; 4. Transdisciplinaridade; 5. Coletânea; I. Título.

CDD: 340

---

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

---

## **Apresentação** **10**

---

xxx

### **Primeira parte** **Reflexões fundamentais sobre o direito**

---

#### **1** **15**

---

##### **A colonialidade que nos habita: o nascimento do constitucionalismo no Brasil e sua história efetual**

Lívia Teixeira Moura

---

#### **2** **42**

---

##### **Entre a alteridade e o individualismo na fundamentação moderna dos direitos humanos: porque os direitos do homem precisam assumir o feminino negado na modernidade**

Lívia Teixeira Moura

---

#### **3** **70**

---

##### **Marx e durkheim: olhares sobre a relação entre direito e sociedade**

Hélio Luiz Fonseca Moreira

---

#### **4** **90**

---

##### **Reflexões sobre a relação entre o sujeito de desejo e o sujeito processual em um caso de partilha de bens**

Clarissa Ribeiro Vicente

---

#### **5** **112**

---

##### **Sobre a filosofia moral e o descaminho do direito**

Lívia Teixeira Moura

## Segunda parte

### Violação de direitos e política criminal

---

#### 6 143

##### **ADPF n.º 635: proteção de direitos individuais ou jogo jurídico para a manutenção do status quo**

Marcellia Sousa Cavalcante  
Verena Holanda de Mendonça Alves

---

#### 7 164

##### **A evolução da cultura do medo no Brasil**

Verena Holanda de Mendonça Alves

---

#### 8 188

##### **Triste Brasil, ó quão dessemelhante: os acórdãos do Supremo Tribunal Federal sobre vagas em creche e o processo para solução de conflitos de interesse público**

Debora Vieira

## Terceira parte

### Direito, Estado e relações público-privadas

---

#### 9 219

##### **A atuação de empresas transnacionais no mercado internacional: um estudo sobre o modo de operação destas e a desregulamentação impositiva do direito internacional**

Rafaela Teixeira Sena Neves  
Alice Beatriz Barreto Carneiro Valeriano Lopes  
Anna Júlia Reis Araújo dos Reis

---

#### 10 250

##### **Censo demográfico: direito fundamental social indispensável à implementação de políticas públicas**

Larissa Lemos Garzon  
Ariane Brito Cal Athias

**11**

**272**

---

**Investindo em Direitos: O Brasil e o financiamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

Rafaela Teixeira Sena Neves

Dafne Fernandez de Bastos

**12**

**291**

---

**O déficit orçamentário da defensoria pública da união: consequências no acesso à justiça**

Rafaela Teixeira Sena Neves

Layse Reis Nunes

Sophia Chaves de Oliveira e Miranda

**Sobre os autores**

**324**

---

## **Apresentação**

xxx

Esta coletânea de artigos é um chamado ao pensamento crítico acerca do direito na atualidade. O título “Direito Contemporâneo em Debate” não é ocasional, trata-se da síntese do que esta obra pretende: problematizar o direito em suas normas, processo e fundamentos, trazendo à tona conflitos que tensionam as instituições jurídicas, transformando-as, seja em um arcabouço mais justo de novos direitos e garantias capazes de atender demandas sociais, seja em um espaço de concentração de poder, no qual uma elite desenvolve estratégias políticas e judiciais para projetar seus interesses no campo da normatividade jurídica.

Todos os aspectos explorados pelos autores que colaboraram com este escrito importam para uma reflexão analítica sobre o discurso e a prática jurídicos, desafiando o que está em voga com indagações e proposições teóricas que demonstram como o aparelhamento estatal pode promover a manutenção do poder para certos grupos através da disciplina das vontades subjetivas efetuadas pelas normas, especialmente as jurídicas.

Compreender, através dos mais variados ramos do direito, acerca da homogeneização do comportamento humano para fins puramente disciplinares e de contenção coercitiva daqueles que são marginais ao sistema, é um meio para possibilitar ao conhecimento ser uma ferramenta útil de denotação dos mecanismos de dominação encobertos, dos sujeitos e instituições atingidos por este controle levado a efeito por gramáticas de invisibilização, promoção da obediência e, conseqüentemente,

manutenção das estruturas que, por trás da técnica, submetem os sujeitos maleáveis e violentam os sujeitos insurgentes.

É no sentido de propagar as mais diversas discussões sobre os reflexos dos problemas da contemporaneidade para o direito, demonstrando como as perspectivas histórica, política, econômica e ética atuam na alçada jurídica, que este livro propõe uma ampla e aprofundada revisão de literatura baseada em autores da academia jurídica, mas também sociológica, filosófica, econômica, política, urbanística, potencializando a orientação crítica para qual o conhecimento científico, comprometido com a verdade e com a honestidade intelectual deve estar voltado.

É de se afirmar, portanto, serem os artigos aqui apresentados uma coleção de textos vinculados à ideia de um direito construído a partir do diálogo verdadeiro com a comunidade que subjaz a estrutura estatal e por verdadeiro quer-se dizer baseado na participação de todas as vozes, cujas falas exprimem a multiplicidade de pautas condizente com a pluralidade humana.

A primeira seção deste livro, intitulada “Reflexões Fundamentais sobre o Direito” inicia as discussões a partir de referenciais teóricos saídos de campos afins ao direito, quais sejam a filosofia, sociologia e psicanálise, apresentando a riqueza de interações epistêmicas relativas ao campo jurídico e a importância de se voltar ao fundamento dos conceitos jurídicos através de outras áreas do conhecimento, a fim de se compreender a base constitutiva dos problemas que assolam o universo jurídico.

A segunda parte da obra dedica-se aos debates referentes ao direito penal e processual penal a partir da combinação desses ramos com reflexões políticas, isto é, acerca das disputas de poder que permeiam as instituições brasileiras. Toda a política dedicada à prevenção e repressão ao crime é um conjunto de ações estatais, cujo real fito precisa ser pensado de forma crítica, inclusive através de análises de decisões judiciais e textos

legais, cujas preleções ocultam conflitos relacionados à classe, gênero, etnia e a ameaça que a ação justa do Estado pode representar para as elites que se mantêm no poder.

Enfim, a terceira seção é uma síntese de escritos voltados ao direito que regula o Estado, seja em suas relações com o público ou com o privado. Envolve especialmente o direito internacional, direito internacional dos direitos humanos, administrativo e constitucional-financeiro. Trata-se de uma composição de artigos calcados na necessidade de se refletir o regramento jurídico voltado ao Estado, seja em sua estruturação, organização, gestão, relação com outros Estados e Organizações Internacionais e política de incentivos à instituições privadas. Novamente o leitor se deparará com uma série de debates críticos, embasados em estudos analíticos acerca dos desdobramentos sociais, positivos e negativos, derivados das normas impostas ao próprio Estado.

Esta leitura convida a uma incursão a diversos ramos do direito a partir de pesquisas comprometidas com o exame analítico de questões da atualidade.

Boa leitura!

## **Primeira parte**

### **Reflexões fundamentais sobre o direito**



# **A colonialidade que nos habita: o nascimento do constitucionalismo no Brasil e sua história efetual**

*Lívia Teixeira Moura*<sup>1</sup>

## **1. Introdução**

O Estado brasileiro vive um momento que inspira especial reflexão. A atuação do Poder Executivo Nacional, especialmente no que se refere à gestão da pandemia da COVID-19, consubstanciada na negligência com a política de distanciamento social e, posteriormente, com a compra das vacinas levou o país à marca de 618.000 (seiscentos e dezoito mil) mortos pela doença. Em adição, a os índices inflacionários e de desemprego atuam como catalisadores da pobreza e da vulnerabilidade de brasileiros mais pobres. A atual realidade é efeito de uma transformação no Brasil no ano de 2016

As marcas do *impeachment* da presidenta eleita Dilma Rouseff já se mostram históricas, apontando para uma quebra na democracia antes das comemorações de trinta anos da Constituição nascida de um processo de redemocratização. Conforme Pilatti (2016) a chefe do executivo impedida não praticou conduta delitativa nos termos das leis sobre crimes de responsabilidade, quais sejam 1.079/50 e 10.028/00, tal como fora acusada, não atentando, por conseguinte contra a lei de responsabilidade fiscal, “mas ainda que tivesse havido, isso não configura crime de responsabilidade por violação da lei orçamentária, pois qualquer segundanista de direito sabe

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – PPGD/UFPA. Professora do Centro Universitário Metropolitana da Amazônia – UNIFAMAZ. E-mail: livia.tmoura@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4701-1415>

que a lei de responsabilidade fiscal não é a lei orçamentária.”, diz-nos o autor.

A ruptura democrática efetuada através do impeachment foi precedida, nas palavras de Avritzer (2016, p. 8), por uma situação de incômodo acerca do funcionamento da democracia. As manifestações de junho de 2013, e suas diferentes continuidades nos anos seguintes, já sinalizavam a inquietação do brasileiro. Diz-se que as manifestações foram ganhando diversos caracteres no decorrer dos anos, pois em 2013 o protesto se referia à insatisfação com o sistema político e os serviços públicos, ao passo que em 2014 e 2015 a divisão provocada pelo processo eleitoral, onde disputaram no segundo turno Dilma Rousseff, do Partido dos Trabalhadores (PT), e Aécio Neves, do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), levou a parte derrotada de eleitores às ruas, dado o inconformismo com o resultado. Do apelo popular de parte dos eleitores, seguiu-se a petição do candidato derrotado, diante do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), de anulação da diplomação da, então, presidenta, até que em setembro de 2015 foi entregue ao presidente da Câmara dos Deputados o pedido de impeachment.

É de se afirmar que os eventos delineados por Avritzer (2016, p. 8-9) dão conta do que o próprio autor chama de “crise de evolução da cultura democrática no país”. Esta crise, também chamada de impasse pelo cientista político, é decorrente da perda de legitimidade do sistema político diante de seus cidadãos, tal como informado por pesquisas, apresentadas por Avritzer (2016, p. 13), dos anos de 2004, 2008 e 2009, cujo ponto em comum é a baixa confiança do brasileiro em relação aos seus representantes e o grande descontentamento com a corrupção.

Considerando que Avritzer (2016, p. 109) esteja certo ao afirmar que o Brasil criou uma democracia participativa e uma operacionalidade de governabilidade através da Constituição de 1988, é de se questionar acerca

das forças agentes para o fim de um ciclo democrático no Brasil. Estando em busca das causas e transformando os recentes acontecimentos brasileiro em reflexão, estabelecemos um exercício dialético, na esteira do pensado por Sandel (2013, p. 38), ao questionar um princípio jurídico-político, sua aplicação na política representativa e os efeitos de sua não aplicação.

Este exercício de confronto entre teses e antíteses nos aflige e desafia, porque nos coloca diante de nossas escolhas e das escolhas do outro. A reflexão moral, acerca dos princípios que regem nossas relações, torna-se política quando passamos a nos questionar sobre a normatização que regulamenta a vida coletiva, quando o tumulto da pólis indaga e seus incidentes perturbam a mente pública. (SANDEL, 2013, p. 39)

As manifestações de 2013 e 2014, guardadas as devidas diferenças entre o que impulsionava os manifestantes, eram já prenúncio deste desassossego político. Se em 2013 as manifestações se davam por uma acumulação de conflitos entre movimentos sociais, como os ambientalistas e indígenas, com o governo federal e suas políticas desenvolvimentistas, bem como por conta dos gastos na Copa do Mundo realizada no país e pela atuação, há muitos anos articulada nas cidades brasileiras, do Movimento Passe Livre (MPL) contra o aumento das tarifas de ônibus, em 2014, principalmente após a derrota do PSDB nas urnas, as manifestações foram tomadas por movimentos conservadores, com protagonismo de organizações como o Movimento Brasil Livre (MBL) e Vem Pra Rua, cujas pautas defendiam a agenda econômica liberal e focavam os protestos na defesa do país contra a corrupção (AVRITZER, 2016).

Como é possível observar, o roteiro de caráter conservador, portador de boas mostras de intolerância política e reclamante de intervenção militar e impeachment, não somente provou sua capacidade de mobilização, como de participação na decisão dos representantes do legislativo federal.

Avritzer (2016, p. 115) já alertara sobre a intolerância política exteriorizada nestes movimentos e sua pauta antidemocrática reproduzida no Congresso Nacional.

Avritzer (2016, p. 114-115) também nos lembra que o Brasil é, historicamente, habitado por forças conservadoras. De 1984 até 2010 tais forças tiveram sua influência diminuída, por conta da redemocratização, do impeachment de Collor e da eleição de Fernando Henrique Cardoso, que não era candidato de um partido conservador. Contudo, o impeachment de 2016 trouxe à tona o conservadorismo que se mostra rotativo: A maioria do legislativo e o executivo prezam pelo corte de gastos públicos e incremento do desenvolvimento econômico, prova disso é a aprovação, na Câmara dos deputados, do Projeto de Emenda Constitucional nº 241, o qual prevê o congelamento de investimento em setores como saúde e educação por vinte anos, sob a justificativa de contenção de despesas para pagamento da dívida pública. Outro exemplo é a aprovação, também pela Câmara, do Projeto de Lei 4567/16, do Senado, que desobriga a exploração exclusiva do pré-sal e seu acúmulo de petróleo pela Petrobras.

O PL do pré-sal e o recolhimento dos direitos sociais, após uma ruptura democrática pouco disfarçada, faz lembrar Galeano (2010, p. 18) quando nos diz que desde o descobrimento “tudo sempre se transformou em capital europeu ou, mais tarde, norte-americano”, mais inquietante, ainda é ler um escrito de 1970 a dizer que as riquezas sempre se acumularam e acumulam nos afastados centro de poder, “a terra, seus frutos e suas profundezas ricas em minérios, seus homens e sua capacidade de trabalho e de consumo, os recursos naturais e os recursos humanos.”.

A história da América Latina e sua única parte falante da língua portuguesa é a da especialidade em perder, mas para Galeano (2010, p. 17) esta especialidade vem se aprimorando através do trabalho como serviço disposto a satisfazer necessidades alheias através de fontes de petróleo,

ferro, cobre, deixando no passado somente as diferentes matérias-primas da exploração - ouro, prata, cana-de-açúcar - mas não a subordinação.

A liberdade dos negócios sempre foi sinônimo de padecimento - pobreza, fome, cárcere - daqueles que não usufruem dos lucros de empréstimos e investimentos estrangeiros nas economias dependentes (GALEANO, 2010, p. 17). É bem verdade que o Brasil é, atualmente, a nona maior economia mundial - e já foi a sexta (NAKAGAWA, 2016), mas as medidas econômicas de cunho liberal e o arrefecimento de direitos sociais - vide a proposta de discussão sobre a flexibilização da jornada de trabalho e de reforma da previdência que prevê contribuição de quarenta e nove anos para aposentadoria integral, em lugar dos atuais trinta anos para mulher e trinta e cinco para homens - levam a crer que mais uma vez o “fantasma de todas as revoluções estranguladas ou traídas, ao longo da torturada história latino-americana ressurgem nas novas experiências, assim como os tempos presentes tinham sido pressentidos e engendrados pelas contradições do passado.” (GALEANO, 2010, p. 25).

Os acontecimentos do presente remetem ao enunciado por Pilatti (p.28) quando observara, ainda antes do impeachment de 2016, que os brasileiros, desde a independência, nunca haviam vivenciado mais de cinquenta anos de vida democrática efetiva. O autor via a Constituição de 1988 - interpretada, nos últimos tempos, sob o arbítrio de interesses que a ultrajam - como uma “anomalia” benéfica e contrária aos inimigos da democracia, regendo há vinte e cinco anos um sistema democrático que não fora ameaçado e cuja lei maior aumentara os direitos e ação democrática, como o recente ciclo de levantes demonstrara.

Pilatti escrevera aquelas linhas em 2013, quando as manifestações progressistas ganhavam as ruas - as quais, é bom lembrar, foram violentamente reprimidas pelo governo Rousseff. Três anos depois e a democracia brasileira está, uma vez mais, no seu ciclo de ruptura e, como

nos diz o autor (p.30), acompanhando o dito por Galeano, o próprio texto constitucional, farto de direitos fundamentais, conserva as marcas do passado para onde o país não mais deveria voltar. Pilatti considera ainda que compreender o presente é tarefa que não se faz sem a volta ao passado, sendo esta, inclusive, a estratégia para entender virtudes e limites do sistema político- constitucional que vige, observando-se as barreiras impostas pelo conservadorismo e a resistência em busca de um outro Brasil

É a este desafio de volta ao passado, para buscar lições que devem ser caras ao presente, que nos lançaremos. A herança da colonialidade que subjugou direitos sociais para exercer uma economia liberal e benéfica ao desenvolvimento da metrópole estrangeira do momento (GALEANO, 2010, p. 18) parece-nos uma tradição que se propaga no tempo e está de volta para ensinar que a história é, em verdade, um profeta, anunciando o que virá. (GALEANO, 2010, p. 25).

O trabalho buscará na primeira experiência constitucional brasileira os traços que permanecem como efeitos na atualidade. Desde a hermenêutica filosófica de Gadamer (2011, p. 467) pode-se afirmar ser a experiência da finitude humana, e seu ensinamento acerca da realidade, a experiência da própria historicidade e esta nos diz que a experiência democrática nacional é permeada por golpes e constituições, tal como o título do livro de Pilatti.

Ainda em Gadamer, temos que a abertura à experiência da historicidade nos liga diretamente à tradição. Esta tradição que permeia toda a existência deve ser reconhecida como alteridade do passado, cuja associação à história, tem em si sempre um dizer (GADAMER, 2011, p. 472) e este dizer faz-se no presente. Este é o intento do trabalho: apresentar o início da tradição constitucional do Brasil, a história social e política que alicerçam o seu desenvolvimento e imprimem peculiaridades ao nosso

constitucionalismo, ainda que as inspirações francesa e norte-americana estivessem presentes no texto e no contexto de sua diferenciada implantação.

O enfrentamento do início da tradição constitucionalista é feito, pois, o constitucionalismo pátrio é, como já se disse, sucessivamente agredido e reconfigurado. Pilatti (p. 28) relata a saga constitucional e constituinte como parte dos dois últimos séculos da tormentosa formação brasileira, constando em nossa história oito codificações, entre outorgas e promulgações. Os fatos recentes e a injúria ao Estado democrático são, por óbvio, ataques à lei que estrutura o país de forma mais basilar, trazendo à tona questionamentos sobre o compromisso dos representantes políticos, hoje e sempre, com os princípios que fundam o Estado. A tradição se torna, assim, uma questão, um indagar constante acerca da repetição de sucessos que traem o texto constitucional. A tradição é, então, um elemento hermenêutico porque enseja a compreensão e, apropriando-se este artigo da hermenêutica filosófica, estamos aqui tratando da tradição que não é erigida em princípios rígidos e atemporais, mas em uma construção originada da busca pelo aperfeiçoamento, através da crítica, do que a história nos traz, como um legado de conteúdo significativo. (GADAMER, 2011, p. 33).

O agir da tradição é sentido no interpelar que nos inquieta e faz questionar o mundo a nos circundar, isso é parte de nossa condição de ser finito e histórico, sempre a sofrer a característica efetual da história. A percepção dos efeitos da história, a partir da tradição que faz questionar a realidade, é também a possibilidade de atingir maior compreensão sobre a vivência, assim, ao buscarmos o horizonte mais remoto de nosso constitucionalismo, estamos confrontando uma situação hermenêutica que poderá dialogar com a atualidade e os problemas de ordem que desafiam porque permanecem.

Dessa forma, o trabalho considerará o direito, enquanto ciência humana que é, como produto da racionalidade movida pela experiência do ser humano no mundo e para a edificação deste mundo, livre de um método infalível e exato. Em querendo avaliar a história efetual que age sobre o atual estágio de nosso constitucionalismo, propomos a volta ao início, a análise de nossa experiência constitucional no seio colonial. Quer-se saber sobre a colonialidade que atuou e atua sobre nós.

## **2. O colonialismo e o direito no Brasil**

Retomando ao início de nossa tradição constitucional, importa observar o cenário político, econômico e social no qual nasce esta tradição. Embora já tenhamos embasado o motivo da volta à primeira experiência constitucional, Caio Prado Júnior (2016, p. 17) ensina sobre a relevância em compreender o período colonial para a posterior compreensão do Brasil contemporâneo. O autor (2016, p. 29) vê a evolução brasileira ainda como afirmação do seu caráter inicial e colonial, logo, conhecer o essencial do período é pressuposto para entender a atualidade.

O colonialismo foi a realidade brasileira por mais de três séculos o que, para Pilatti (p. 30) condicionou de forma substancial o constitucionalismo pátrio. Isso é dito, pois as instituições político-administrativas portuguesas foram as bases formativas do Estado brasileiro, bases estas que impulsionaram a formação de um “povo” brasileiro, afinal o povo era aquele que trabalhava na colônia para servir aos interesses da metrópole. “Com isso, o domínio colonial impôs à nossa gente as formas deformantes da sujeição e da exploração selvagem do trabalho servil”. (PILATTI, p. 31).

A principal característica do Brasil Colônia, tanto para Prado Júnior (2016, p. 285), quanto para Pilatti (p. 31) é a escravização que subjugou de forma violenta pessoas de etnia negra e indígena, concorrendo este padrão de violência para uma das heranças que ainda não se conseguiu superar.

Consideradas como “coisas”, as pessoas escravizadas não portavam direitos ou participavam de qualquer decisão política. Cumpre frisar que as massas mais pobres e trabalhadoras somente conquistaram o ingresso na arena político muito recentemente, nos anos 1930, quando da Revolução que alçou Getúlio Vargas ao posto de presidente.

A dominação colonial dava-se, ainda, por um forte poder concedido pela coroa portuguesa à igreja católica, bem como pela emergência dos senhores agrários, grandes proprietários e também detentores de direitos individuais e atribuições públicas, Muito embora os grandes proprietários rurais exercessem forte domínio sobre quem os cercasse, este poder não se estendia aos comerciantes, cuja constituição era exclusivamente de portugueses controladores dos fluxos financeiros, das mercadorias, inclusive o mercado das pessoas escravizadas. Enfim, a sociedade colonial brasileira era, também, formada por trabalhadores livres, cuja força de trabalho era desvalorizada em razão da escravidão, não sendo, portanto, fonte de autonomia e prosperidade, mas de clientelismo e degradação. (PILATTI, p. 32).

A figura de maior poder político e econômico era o rei de Portugal que, até 1808, não habitava terras brasileiras, mas cuja presença podia ser sentida por todos. Sobre a chegada do rei português ao Brasil, interessa lembrar que foi pouco tempo depois deste fato que o constitucionalismo nacional finalmente se deu. Mas o longo comando de portugueses sobre os brasileiros foi, por longo período, mercantilista, refletindo interesses econômicos e voraz cultivo de produtos tropicais para revenda no mercado europeu. (WOLKMER, 2003, p. 36).

A estrutura política colonial era pulverizada no domínio dos grandes proprietários rurais, que comandava, desde suas vultosas extensões de terra, aqueles que estavam às proximidades de suas propriedade, ao mesmo tempo em que a coroa realizava grande esforço para centralizar o poder por meio de governadores gerais e de uma administração legalista.

Havia, conforme Wolkmer (2003, p. 38) uma aliança entre a aristocracia portuguesa e os donos de terra, isto é, entre o Estado, na modalidade metrópole exploradora, e os detentores dos meios de produção, servindo as leis para a manutenção e regulação desta situação.

O direito no período colonial, tal como o próprio estabelecimento do Brasil, foi reflexo da imposição dos projetos da metrópole. O direito português, então, é a base exclusiva do direito da colônia, não havendo espaço para contribuição das outras etnias que constituíam a colônia portuguesa, isto é, os indígenas e os negros. Ao contrário, as pessoas escravizadas eram objeto de relações jurídicas e, assim, como a mercantilização de produtos agrícolas, a mercantilização de pessoas, destituídas juridicamente de sua humanidade, foi motivação para os primórdios do direito concernente ao Brasil. (WOLKMER, 2003, p. 43).

Dos anos 1520 até 1549 a administração política do Brasil era feudal, vide o sistema de capitanias hereditárias, cujo objetivo precípua era evitar a invasão por outros povos. Nesse sentido, as legislações vigentes diziam respeito à Legislação Eclesiástica, Cartas de Doação e Forais ou Cartas Forais, cujos escopos davam conta de manobras da metrópole para povoar o território. Enquanto as Cartas de Doação cediam as terras, estabelecendo direitos e privilégios, as Forais tornavam os proprietários eternos tributários da Coroa. A tentativa de povoamento e proteção territorial através das capitanias fracassou, dando início a uma nova estratégia metropolitana, qual seja o sistema de governadores gerais, o qual fez aumentar a variedade de legislações portuguesas para o Brasil: Cartas Régias, Alvarás, Regimentos dos governadores gerais e as Ordenações Reais passaram a integrar a lista de instrumentos legais. (WOLKMER, 2003, p. 43).

A transferência do direito português à colônia se dava, ainda, por meio de coleções sobre leis e costumes, como eram as próprias Ordenações Reais, não havendo diferença na aplicação em terras brasileiras, ao passo

em que as normas referentes ao direito público sofriam grandes alterações, nos informa Wolkmer (2003, p. 44)

O século XVIII e a chegada do Marquês de Pombal ao posto de secretário de estado do reino de Portugal trouxe, juntamente aos ideais iluministas e ao despotismo esclarecido, a transformação legislativa através da Lei da Boa Razão, de 1769, de conteúdo hermenêutico, posto que definia regras de interpretação e aplicação legal, conforme o direito natural e as leis cristãs. (WOLKMER, 2003, p. 44).

Wolkmer (2003, p.45) ressalta, ainda o papel do direito como instrumental para o benefício da metrópole, bem como para reforçar uma realidade que o Brasil vê se repetindo historicamente, qual seja, o distanciamento entre a elite que governa e mantém para si o poder de legislar e a maioria da população, pobre e marginalizada. A atuação legislativa da coroa tinha por fito administrar o povoamento do Brasil somente enquanto havia perigo de invasão, mas a grande finalidade dos regramentos era patrimonialista, buscando garantir o pagamento de impostos, tributos aduaneiros e o ajustamento de penas a quem ameaçasse os negócios metropolitanos.

O apenamento, inclusive, nem mesmo precisa de bases legais quando se tratava da punição de pessoas escravizadas que, como já salientado antes, eram reconhecidas como coisas, sujeitas à violência física e à coerção despersonalizada. A elite dominante justificou desde paradigmas jurídicos, morais e religiosos a legitimidade da escravização, institucionalizando o controle de corpos negros, devendo-se frisar que se não se encontrava qualquer prescrição sobre as pessoas escravizadas, na lei penal as prescrições eram certas. Mas a resistência também veio em forma de normatização, qual seja a normatização dos quilombos onde se refugiavam aqueles que conseguiam escapar. Em Palmares a resistência era sinônimo de distinção extrema ao direito individualista que privilegiava a elite, em

Palmares a convivência se baseava na igualdade e na participação comunitária, os latifúndios foram desprezados, adotando-se o uso útil da terra para a sobrevivência das famílias, enquanto o excedente era doado à organização estatal como contribuição para a riqueza social e defesa. (WOLKMER, p. 50).

Enfim, o direito na colônia estava a serviço dos fins patrimonialistas e burocráticos da metrópole. A nossa tradição jurídica nasce da exploração e do total alijamento das classes menos abastadas, configurando-se em um compilado de textos para organizar administrativamente o vasto território colonial e para promover a mercantilização dos cultivos que abasteciam a Coroa. Como já lembrado acima, a mudança da Coroa portuguesa para o Brasil traz consigo uma série de acontecimentos que transformarão o status colonial do Brasil, pelo menos formalmente.

### **3. Os primeiros caminhos do constitucionalismo**

A aproximação do fim do século XVII traz em si a queda no número de exportações em razão do esgotamento das minas e da baixa saída do açúcar. Em razão disso o tráfico de pessoas para serem escravizadas também sofreu retraimento. O número de importações, contudo, continuava alto como sempre, afinal toda população era dependente de uma série de produtos advindos do exterior e sem nenhuma fabricação local. Faoro (2000, p. 277) adverte que neste cenário o grande produtor agrícola percebe os entraves que o governo impõe à atividade econômica, conforme os interesses da metrópole, e passa a conhecer também o liberalismo francês nascente.

No início do século XIX a ameaça de invasão napoleônica a Portugal traz a dinastia de Bragança para terras brasileiras, a única colônia que sustentava o reino português. A chegada na Bahia traz como consequência primeira a abertura dos portos brasileiros à nações estrangeiras, afinal

este era o único meio de continuar com as exportações que asseguram a monarquia. O pacto colonial perde, assim, seu contorno e as manufaturas inglesas ganham espaço, dada as tarifas preferenciais concedidas pela coroa. (FAORO, 2000, p. 281-282)

A estrutura administrativa da corte portuguesa foi logo organizada. Eram muitos fidalgos os da comitiva de D. João VI, logo o número de ministérios deveria ser proporcional. Além de postos político-administrativos, os cortesãos também tiveram acesso a pensões, postos superiores nas forças armadas, benefícios eclesiásticos. “Organizar o império, para o ministério, seria reproduzir a estrutura administrativa portuguesa no Brasil e colocar os desempregados. O eixo da política era o mesmo, secularmente fundido: o reino deveria servir à camada dominante, ao seu desfrute e gozo.” (FAORO, 2000, p. 284). Como é de se imaginar os ministros escolhidos não possuíam qualquer conhecimento que lhes auxiliasse no desenvolvimento de suas atividades, configurando-se os ministérios em órgãos decorativos, mas dispendiosos, que não intervinham nas decisões do rei.

A economia, desde a entrada dos ingleses, passa a se modernizar, mesmo sem que a colônia tenha adotado o liberalismo. Faoro (2000, p. 286) já alerta “Essa tendência liberal terá, no seu bojo, voluntária ou implicitamente, o conteúdo anticolonialista, emancipador.”. Este panorama, contudo, não agradava os comerciantes portugueses que antes detinham toda exploração do potencial colonial.

A melhora dos portos, das estradas e da infra-estrutura que Dom João providenciou para seu conforto e de sua corte, além da abertura dos portos e dos rastros de ruína do pacto colonial, contribuíram para que a produção agrícola do algodão, do açúcar e do café, em seu início, experimentasse sensível melhora. Os grandes proprietários do Rio de Janeiro, de São Paulo e de Minas Gerais, habituados ao mando às imediações de suas terras, são

atraídos pelas honrarias, títulos e dignidades da corte. O rei, em busca do equilíbrio de interesses, garante aos produtores rurais títulos honoríficos e nobiliárquicos, conquistando a lealdade ao tornar paritários portugueses e brasileiros. (FAORO, 2000, p. 292).

O tempo, entretanto, mostrou que a contemporização do reinado nada trazia de vantajoso para aqueles que detinham o poder econômico e, em grande medida, sustentavam a colônia. A administração abria pouco espaço para os interesses que não fossem os seus, além disso o comércio garantia substancial arrecadação tributária, o que significava a ausência de uma zona em que o poder econômico latifundiário também pudesse significar poder político. É esta a questão central que impulsiona o espalhamento da ideologia separatista entre os fazendeiros, “portadores, agora, cada vez com maior consciência de que eles são a nação.” (FAORO, 2000, p. 294).

No ano de 1817 os proprietários rurais pernambucanos, insatisfeitos com os altos impostos e com o encarecimento do valor dos alimentos passam a observar sua situação diante dos comerciantes portugueses que eram auxiliados pela coroa. Imbuídos de ideais liberais e apoiados por militares, juízes e padres, os latifundiários fizeram eclodir a revolução pernambucana que intencionava a independência do reino de Portugal. As tropas reinóis conseguiram estancar os atos revolucionários, mas o germe de sua ação ficara, diz-nos Faoro (2000, p. 298).

Os proprietários dos engenhos de açúcar, bem como das fazendas de algodão e criação de gado não mais suportavam a liberdade vigiada da coroa e estavam em busca de maior autonomia. Havia na colônia, pelos idos de 1816, uma queda na produção algodoeira, enquanto o açúcar também já não é tão próspero. As negociações com os comerciantes, para fins de exportação, eram sempre impactadas pela prevalência dos direitos destes,

restando claro que títulos honoríficos e nobiliárquicos não apagaram a clara distinção entre colonos e filhos da metrópole. (FAORO, 2000, p. 297)

O germe liberal de 1817 continuou presente na aliança entre latifundiários do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e de São Paulo, interessados em unir suas forças descontentes. Soma-se a isso a Revolução do Porto de 1820, sinalizando a insatisfação da elite portuguesa com o fim do pacto colonial advindo da abertura dos portos, bem como com a ausência do rei que, mesmo depois da saída das tropas francesas de terras lusitanas, continuava no Brasil, permitindo ao líder do exército português, o britânico Willian Beresford, a liderança executiva da nação, permeada pela execução de portugueses a mando de um estrangeiro.

A humilhação provocada pela tutela britânica inspira a burguesia do Porto e de Lisboa a submeter a coroa ao legislativo, tomando para si o poder político. Convoca-se, assim, uma assembleia constituinte e a volta do soberano à metrópole. Pressionado e receoso de perder a coroa, D. João VI retorna à Portugal, mas a burguesia lusitana não se satisfaria somente com este ato e a Constituição por ela construída previa medidas de recolonização do Brasil que, à época já fazia parte do reino unido de Portugal e Algarves. (FAORO, 2000, p. 305).

Dom Pedro I, que ficara no Brasil, passa a ser pressionado pelo que Faoro (2000, p. 306) chama de demagogias locais, cujo ideário era de cunho liberal. Em fevereiro de 1822, José Bonifácio de Andrada e Silva leva até o príncipe regente as reivindicações paulistas e logo é criado um conselho de procuradores gerais das províncias, o qual possuía caráter consultivo e deveria auxiliar nas decisões. Em maio do mesmo ano, as denúncias da tentativa de recolonização do Brasil são levadas por representantes do Senado e da Câmara do Rio de Janeiro até Pedro I, sendo este o mote para o pedido de convocação de uma Assembleia Geral das

Províncias. Não tardou para que o próprio representante da coroa no Brasil convocasse uma Assembleia Geral Constituinte dos Deputados das Províncias do Brasil, diz-nos Pilatti (p.37).

Esta Assembleia Constituinte foi convocada com reserva de dissolução e tanto o príncipe, quanto José Bonifácio eram atentos ao controle e à direção dos caminhos até a Constituição, afinal nenhum deles desejava que este se tornasse um ato popular e democrático (FAORO, 2000, p.318).

A convocação de eleições para a Constituinte se dá e somente os cidadãos poderiam se candidatar. Obviamente a massa pobre e escravizada jamais poderia tomar parte neste processo, sendo afastado quem quer que fosse assalariado, a não ser pelos altos funcionários ligados ao governo e aos detentores de poder econômico. Aos eleitores cabiam as mesmas regras e só havia uma diferença: os eleitos poderiam ter vinte anos, mas os eleitores precisavam ter vinte e cinco (PILATTI, p. 38).

Em junho de 1823 a Constituinte foi instalada. O Brasil já era independente e liderado por um imperador. Como nos avisa Faoro (2000, p. 320-321), a Constituinte de 1823 nada tem a ver com soberania popular, tal como em sua origem de luta por direitos e independência nos casos norte-americano e francês. Nesse sentido, o imperador, ao desfrutar de um título atado à independência do país, era também independente da vontade dos “representantes do povo”, que, na nossa crítica, somente representavam interesses muito próprios. Da mesma forma, José Bonifácio, ministro do império, detinha o ideário do constitucionalismo e do liberalismo, mas toda a sua ação no que se relacionava a Constituinte previa a centralização dos poderes na união e o afastamento dos desordeiros, dos revolucionários, dos sequiosos por liberdade a qual deveria ser ministrada em doses homeopáticas pela monarquia. “A constituinte funcionaria, não por direito próprio, mas enquanto fiel ao sistema monárquico, condenada,

se rebelde ou extraviada, à dissolução já fixada nos conselhos do trono”. E assim o foi.

A Constituinte se instalou solenemente no dia 3 de maio de 1823. Na ocasião, o imperador expressou sua emoção pela união das províncias na solenidade, ressaltando a feitura de uma Constituição justa e liberal, além de condenar o colonialismo e exaltar o ato de D. João VI que elevara o Brasil ao posto de reino. O prenúncio do poder que enchia o imperador e, desde o início, tornava inócua a constituinte era perceptível nos dizeres: “Espero que a Constituição que façais, mereça a minha imperial aceitação, seja tão sábia e tão justa quanto apropriada à localidade e civilização do povo brasileiro.” (RODRIGUES, 1974, p. 33).

O carisma do imperador fá-lo amado pelo povo. A política dura e repressiva de Bonifácio vai se fazendo dispensável e incômoda, enquanto o apelo popular de Dom Pedro I cresce, assim como sua autoridade, a qual não se dobrava aos constituintes das correntes liberais, desejosas de uma monarquia com separação de poderes, ou aos conservadores apoiadores de ações autocráticas e imperiais. O governo engajava-se ora numa, ora noutra, em clara fidelidade ao que lhe permitisse maior popularidade. (FAORO, 2000, p. 323; PILATTI, p.38-39).

As sessões da Assembleia, obedecendo seu horário de oito da manhã até duas horas da tarde, estava em produção quando o ministério de José Bonifácio foi derrubado pela defasagem de sua influência perante o carisma imperial. Bonifácio, entretanto, continuava constituinte e passou a dirigir seus esforços liberais a esta tarefa, ganhando esta corrente maior força. Adicionou-se à concorrência com os poderes do imperador, uma medida impopular que previa a incorporação de oficiais e soldados portugueses, combatentes contra a independência, ao Exército brasileiro, o que tornou ainda mais desgastada a relação entre constituinte e governo. (PILATTI, p. 39).

Um episódio que poderia tornar o poder dos constituintes maior, acabou mudando os rumos do inaugural constitucionalismo nacional. A sessão de 3 de novembro foi preenchida pelo relato do boticário Davi Pamploa acerca da agressão que sofrera por parte de oficiais portugueses, solicitando à constituinte, assim, medidas de proteção aos brasileiro. Este fato foi escopo para o crescimento de propostas liberais relacionadas à liberdade de imprensa, uma vez que o agredido fora acusado de assinar panfletos contra os lusitanos. (PILATTI, p.39).

A resolução da questão do boticário tomou proporções ainda maiores quando o próprio imperador fora questionado pela assembleia acerca da ação dos portugueses, estando a sessão do dia 11 de novembro repleta de populares exaltados e sequiosos pelo resultado da contenda. Em resposta, Pedro I indicava a responsabilidade dos redatores de panfletos que ofendiam tanto os oficiais portugueses, quanto o próprio imperador. O próximo passo da Constituinte foi requerer medidas por parte do império para a identificação de ofensores e ofendidos, tornando a questão em um episódio colossal digno de que a sessão do dia 12 de novembro se tornasse uma sessão permanente ao aguardo das providências imperiais e dos esclarecimentos do ministro do império Villela Barbosa. (PILATTI, p. 39).

O ministro não se escusara de prestar informações e, às onze horas do dia 12 voltara a afirmar o que já se havia dito: havia abuso na liberdade de imprensa e as tropas portuguesas sentiam-se ofendidas pelos panfletos. As medidas sugeridas por Barbosa eram o refreamento da liberdade de imprensa e a expulsão dos irmãos Andrada da constituinte, dentre eles José Bonifácio, por serem redatores do Tamoyo e colaboradores do Sentinela, ambos jornais críticos dos portugueses e do imperador. Além disso, o ministro revelava receio de que os atos dos constituintes gerasse o argumento de amotinamento devido a sessão permanente iniciada na

madrugada do dia 12 e, em consequência, medidas de absolutismo político voltassem a rondar o Brasil. (RODRIGUES, 1974, p. 219).

O receio do ministro era acertado, pois no mesmo 12 de novembro, D. Pedro expede decreto enviando tropas para cercar a Assembleia. Os deputados Antônio Carlos, Martim Francisco, Belchior Fernandes Pinheiro, José Joaquim da Rocha e Francisco Montezuma foram presos e foram encaminhados ao Arsenal da Marinha, para onde José Bonifácio fora conduzido posteriormente, pois não se encontrava na Assembleia quando de seu ladeamento pelas tropas (RODRIGUES, 1974, p. 222-223). Este era o castigo pelas críticas ao império e aos portugueses, era também a dissolução da constituinte.

Mesmo diante da promessa da convocação de uma nova constituinte, D. Pedro criou um conselho de Estado formado por oito ex-constituintes e dois ex-ministros, responsáveis por redigir o novo texto constitucional. Na Constituição de 1824, outorgada, o poder moderador, inspirado nas ideias de Benjamin Constant e no absolutismo da restauração francesa, confirmava os grandes poderes monárquicos que se acumulavam também no poder executivo. Tratava-se, nas palavras de Pilatti (p. 41) de um “absolutismo constitucionalizado”.

#### **4. A herança a nos prevenir: colonialidade e história efetual**

A primeira experiência constitucional no Brasil foi, historicamente, a experiência da fissura de um uma assembleia constituinte, cuja designação se aproximava da democracia representativa. Diz-se que se “aproximava”, pois, como bem sabemos, as massas mais pobres estiveram completamente alijadas das eleições, enquanto as pessoas escravizadas nem mesmo eram consideradas pessoas.

A história nos revela que o nascente constitucionalismo brasileiro nunca foi afeito à democracia. Nem o imperador e nem as correntes

liberais estavam empenhados em contar com a participação do povo na eleição da constituinte, em verdade prevaleceram os poderes econômicos que precisavam estruturar o país à seu serviço. Além disso, Faoro (2000, p. 319-320) já nos disse que a soberania popular, da forma mitigada que era, não estava entregue à Constituinte, o imperador sempre gozara de um título que lhe conferia autoridade. Mas nada relacionado à Carta de 1824 tinha a ver com soberania popular ou com democracia, embora o liberalismo fosse a corrente de pensamento mais comum entre os constituintes.

Este liberalismo, entretanto, desde o aviso de Faoro (2000, p. 317), guarda a soberania que não é a popular, mas a nacional, a qual privilegia grupos e tradições, na qual a liberdade não é partilhada entre cidadãos autônomos, mas importa para que direitos individuais e políticos sejam assegurados pelas instituições. Devo acrescentar: direitos individuais e políticos para os distintos grupos e tradições.

A reflexão de Faoro (2000, p. 325-326) prossegue precisa quando desdenha da entrada dos ideais norte-americanos juntamente ao constitucionalismo brasileiro, afinal nenhum dos dois parece ter se salvado no cenário de incompleta independência e de tradição monárquica ileisa. O constitucionalismo não extinguiu o regime colonial, apenas o modernizou.

Este colonialismo que permaneceu em nosso primeiro constitucionalismo, no seio das instituições públicas, no imaginário e nas relações das pessoas que exaltavam a figura do imperador parece ter transformado a Constituição de 1824 em um formalismo normativo, uma vez que a força singular do poder constituinte nela não atuara.

Wolkmer (2010, p. 145) não considera os processos de independência ocorridos na América Latina no início do século XIX como uma transformação real em relação a Portugal e Espanha, mas mera reestruturação

sem grandes reflexos para as ordens social, econômica e político-constitucional. Neste panorama, nem mesmo a incorporação do pensamento liberal significou alguma preocupação com as necessidades locais, mas tão somente para fazer as devidas adaptações ao capitalismo.

A retomada destas críticas é alvo de reflexão, pois se adotamos a história efetual como meio de análise da atual conjuntura através da volta ao início de nosso constitucionalismo e, em tese ao surgimento de nosso Estado desde as suas raízes mais profundas, quais sejam as coloniais, é de se perguntar o quanto deste colonialismo, o qual engessa a democracia, a materialização de direitos e prima pela manutenção de estruturas de poder econômico, ainda está em nós. A colonialidade continua em curso?

Preliminarmente importa diferenciar os termos “colonialismo” e “colonialidade”. Para tanto, ressalta-se que esta distinção é teorizada pelo pensamento descolonial, o qual abrange um significativo número de intelectuais latino-americanos preocupados com a recuperação e valorização da história encoberta e desvalorizada do período colonial, qual seja a da realidade das populações nativas, escravizadas e subjugadas pela chegada do colonizador. Em lugar do eurocentrismo, do pensar a partir das concepções europeias, propõe-se um pensar próprio, em acordo com a realidade latino-americana e sua tradição.

Assim, Maldonado-Torres (2007, p. 131) nos ensina ser o colonialismo a relação política e econômica de subjugação da soberania de um povo por outro povo, enquanto a colonialidade é um padrão de poder surgido no colonialismo, mas não delimitada pela continuação desta relação formal de subjugação e sim pela preservação da herança desta racionalidade subalternizante nas transações econômicas, nas formas de conhecer, nas instituições políticas e nas relações intersubjetivas. A colonialidade sobrevive ao colonialismo.

Dessa forma, é de se questionar o quanto nossas instituições políticas, sempre perturbadas por regressos e anomalias mais frequentes que as regularidades, como frisa Rodrigues (1974, p. 198) estão fartas de colonialidade e reproduzindo o colonialismo tão vigoroso no nascimento do Brasil enquanto Estado, tão pujante na dissolução da primeira constituinte que, como mais uma vez ressalta Rodrigues, é a marca inicial de um processo secular.

Ao considerar, juntamente a Castro-Gómez e Grosfoguel (2007, p. 17) que o processo de descolonização das colônias ibéricas foi incompleto e limitado à independência jurídica, bem como que a recuperação da tradição colonial não se trata de primitivismo ou busca por objetivismo histórico, mas a investigação, desde a ideia de história efetual provinda da hermenêutica, dos reflexos que a tradição mantém na atualidade, pode-se expressar que o traço mais alarmante da colonialidade que nos habita é o alijamento das massas do poder. E das formas mais arbitrárias.

Se o início do constitucionalismo do Brasil e, conseqüentemente, da estruturação político-jurídica do Estado independente foi distanciado da participação popular, ignorando-se completamente o apelo popular que tiveram os movimentos revolucionários e constitucionais francês e norte-americano; a atualidade brasileira, calcada em uma Constituição que é sinônimo de cidadania e redemocratização, também é de afastamento das decisões do governo federal, afinal o plano de governo eleito foi um e desde o impeachment outro programa vem sendo aplicado.

Obviamente o impedimento do presidente da república é uma previsão constitucional, cujo processo minucioso previsto pelo constituinte de 1988 tem por fito resguardar o Estado de condutas delituosas e não fomentadoras dos direitos e garantias fundamentais, da manutenção da equilibrada ordem econômica e assim por diante. O que se problematiza, no entanto, é o impedimento sem bases jurídicas, afastando-

se por conseguinte um representante que, embora acusado de mau governo, fora eleito por vontade popular da maioria. A colonialidade que legou o desligamento do Estado ao escolhido por seu povo habita nossas instituições políticas e, não podemos deixar de destacar, que todo o trâmite para o impeachment foi levado a efeito por deputados e senadores também eleitos.

Não devemos esquecer ser a democracia também um legado da tradição de golpes sofridos pelo país. Trata-se de um sistema conquistado após longos anos sob um Estado de exceção e o fato de ser o sistema democrático um alvo sob constante ameaça já deveria nos ser uma ideia comum, a qual vem sendo cultivada desde o colonialismo.

É de se concordar com Bonavides (2000, p. 344) quando este nos diz ser o conceito ideal de democracia, qual seja o governo do povo, para o povo, uma ideia cuja implantação nas instituições políticas, ao longo da história, é de tropeços e dificuldades, mas são justamente essas heranças que, ao produzirem efeito na história, devem nos prevenir de prováveis ataques.

A democracia representativa, diz-nos Bonavides (2000, p. 353) nasce na modernidade para que o homem da massa possa prover suas necessidades materiais sem, necessariamente, volver toda sua vida para os problemas do governo, como na democracia direta ateniense. Apropriando-nos desta conceituação, e considerando que ela nasce nas bases do individualismo moderno em que o privado e o político eram seccionados, devemos ressaltar que o cerne da democracia representativa deve permanecer o ideal de optarmos por planos de governo que se assemelhem às necessidades que julgamos mais importantes que o Estado proveja.

Ainda que estejamos de acordo com Bonavides (2000, p. 275) quando este sustenta ser a aliança entre democracia representativa e o liberalismo uma fonte de privilégios relacionadas aos direitos individuais

potencializados por uma economia liberal, não devemos perder de vista ser a democracia o sistema adotado por esta República Federativa e a ela devem-se aliar, afastando-nos dos privilégios de classe próprios ao liberalismo, os direitos fundamentais individuais e coletivos.

A defesa do sistema democrático na atualidade brasileira parece depender de nosso entendimento acerca da tradição política brasileira e seu nascedouro isolado de componentes democráticos. Compreender o passado é profetizar o futuro, ensinou-nos Galeano e se a democracia, em todos os seus tropeços, ainda é o sistema que nos contempla e se alia, desde a Constituição de 1988, aos direitos sociais, não podemos deles abrir mão desde a flexibilização de direitos trabalhistas ou a mudança radical da forma de contribuição previdenciária. Caso queiramos a democracia, que não potencializa os privilégios das classes mais abastadas através do liberalismo, temos de pugnar para que a dívida pública não seja paga com a economia advinda do congelamento de gastos com educação e saúde.

Pugnar faz parte do processo de descolonização. Os protestos que há alguns anos vem ocorrendo demonstram a capacidade de mobilização do brasileiro. Os protestos de 2013, sem recorrer a qualquer ideia alusiva quebra de democracia, fosse impeachment, fosse intervenção militar, trouxeram à tona questões de cunho social que contemplavam as classes brasileiras menos abastadas e mais sôfrego de menos encarceramento e mais qualidade e quantidade de ensino básico, hospitais, salário digno. Pode parecer lugar-comum, mas estas questões estão longe da banalidade.

As manifestações de 2013, como afirmam Casara e Álvares (2015) são exemplos de ações coletivas voltadas à transformação social e à concretização da Constituição, cuja agenda, iniciada com o protesto contra o aumento da passagem do transporte público, também foi preenchida pelos descontentes com as políticas ambientais, indígenas e penais, isto é com propósito político estabelecido e propositivo de mudanças concretas. Os

autores associam estes protestos à atuação da multidão, conceituada por Negri (2016, p. 333) como “versatilidade total do ser, multidirecionalidade sempre singular” opondo-se à concepção una de povo cunhada na modernidade. Tal associação se dá, pois as manifestações eram compostas de pluralidades, diferenças e que, por isso, não rejeitava parte da população em razão de etnia, cor, sexo, orientação sexual.

Junho de 2013 marcou o início da construção de um comum amparado nas diferenças da relação com o outro. Junho de 2013 era a multidão que dá vida ao poder constituinte pensado por Negri (2015, p. 11) que, em lugar de estar enclausurado no constitucionalismo, é expresso em uma radical vontade da multidão com força para quebrar, romper, interromper o equilíbrio e esta é também a expressão integral da democracia, a qual transcende e supera o constitucionalismo, aprimorando-o. A multidão expressa nas manifestações é a descolonização do constitucionalismo primevo, é o exercício do poder constituinte que a colonialidade nos ensinou que não era democrático, é a democracia evidente, é a história efetual compreendida.

## **Conclusão**

## **Referências**

- AVRITZER, Leonardo. **Impasses na democracia no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón. Prólogo. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (editores). **El giro descolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javerina, Instituto Pensar, 2007.

CASARA, Rubens; Álvares, Giane Ambrósio. Painelas, Impeachment e Democracia: sobre multidão e massa. **Justificando**, 2015. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/14/panelas-impeachment-e-democracia-sobre-multidao-e-massa/>>. Acesso em jan de 2017.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro, vol. 1. São Paulo: Globo, Publifolha, 2000.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 11 ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes/ Editora Universitária São Francisco, 2011.

NAGAKAWA, Fernando. Brasil cai para posição de 9ª economia do mundo. **Exame.com**, 2016. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/economia/pib-em-dolar-cai-25-e-brasil-cai-para-a-posicao-de-9a-economia-do-mundo/>>. Acesso em jan. 2017

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. 2 ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

MALDONADO-TORRES, Nelson. A topologia do ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade. Coimbra, Portugal: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 2008, p. 71-114.

PRADO Jr., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PILATTI, Adriano. Entrevista “A admissibilidade do impeachment na câmara é uma farsa”. **IHU UNISINOS/ Adital: Notícias da América Latina e do Caribe**, 2016. Disponível em <<http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=88739>>. Acesso em jan. 2017.

PILATTI, Adriano. **Constituintes, Golpes e Constituições**: Os caminhos e descaminhos da formação constitucional do Brasil desde o período colonial

RODRIGUES, José Honório. **A Assembleia Constituinte de 1823**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1974.

SANDEL, Michael J.. **Juiza**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, 12 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Pluralismo e Crítica no Constitucionalismo na América Latina. In: **IX Simpósio Brasileiro de Direito Constitucional**, 2010, Curitiba, PR. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em jan. 2017.

## **Entre a alteridade e o individualismo na fundamentação moderna dos direitos humanos: porque os direitos do homem<sup>1</sup> precisam assumir o feminino negado na modernidade**

*Livia Teixeira Moura*<sup>2</sup>

### **1 - Introdução**

Os direitos humanos são temas de interesse, em acordo com Bragato, Culleton e Fajardo (2009, p.13), dada a injustiça que permeia as relações humanas e revela a atualidade de sua proeminência tanto teórica, quanto prática. A abordagem teórica, tal como discorre Douzinas (2009, p.22) em sua obra, frequentemente deve ser complementada pelas narrativas históricas, políticas e jurídicas da contemporaneidade destes direitos, cujos dilemas éticos deslindam-se há muito.

Como produtos da modernidade, os documentos revolucionários do século XVIII, isto é, a Declaração de Independência (1776) e a Carta de Direitos (1791) norte-americanas e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) francesa, são proclamadores de direitos naturais, universais e inalienáveis, afirmando o mundo “à imagem e semelhança do indivíduo”. (DOUZINAS, 2009, p. 99). Esta centralidade do homem em abstrato, como fundamento da ação e do significado, é a essência jurídica da modernidade, contudo o reconhecimento da subjetividade jurídica e a

---

<sup>1</sup> Referência a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, carta de direitos fundamentais gerada pela Revolução Francesa e marco jurídico, político e temporal para os direitos humanos.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – PPGD/UFGPA. Professora do Centro Universitário Metropolitana da Amazônia – UNIFAMAZ. E-mail: livia.tmoura@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4701-1415>

ascensão dos direitos à esfera pública através da ideia de essência comparilhada, abstrata e igual mostrou-se duvidosa quando tal natureza humana descorporificada ganhou a concretude de um “homem branco e dono de propriedades” entendido como o único ser dotado da razão, moralidade e integridade previstas nas declarações. (DOUZINAS, 2009, p. 109-110).

Mundialmente, os direitos humanos foram inaugurados com a Declaração Universal de 1948, no pós Segunda Guerra e a Organização das Nações Unidas – ONU foi parte da campanha de estabelecimento de padrões, convenções, tratados, declarações e acordos, além de incentivo para a criação de organismos regionais de proteção de direitos (DOUZINAS, 2009, p. 127). Tal como na modernidade, prezou-se pela proteção universal do indivíduo contra o Estado, mas a proteção passaria a contar com a proposição de que, através da competição solidária de cada governo pelos interesses da política internacional, toda ação particular seria passível de julgamento em nome do universal (DOUZINAS, 2009, p. 129).

Com efeito, a apropriação do ideal moderno de direitos fundamentais pelo direito internacional é precária em razão das tensões experienciadas historicamente, as quais apontam para um problema de fundamento que parece impelir tais direitos à incapacidade de atender as necessidades da justiça, como se a sua fundamentação não estivesse genuinamente voltada para a universalidade de proteção. Esta desarticulação entre a fundamentação e a *práxis* importa na medida em que, na esteira de Bragato, Culleton e Fajardo (2009, p. 13), a potência conferida às exigências dos direitos humanos depende da solidez da base de fundamentos que os ampara.

O aspecto fundacional da lei moderna e do direito internacional dos direitos humanos comunicam-se pela proteção ao indivíduo. O subjetivismo moderno conferiu ao homem os direitos naturais como atributos de sua subjetividade, dificultando o estabelecimento de uma comunidade política que se reconhece e se afirma pela tradição. Este mesmo subjetivismo

continua presente nos documentos de direitos humanos positivados internacionalmente, como afirmações e extensões do eu, do ser autêntico. (DOUZINAS, 2009, p. 29).

A moderna ascensão da proteção do eu e da liberdade de seus atos de vontade para a esfera de representação política, isto é o Estado, foi resultado da emergência dos interesses de classe burgueses. Esta racionalidade, estabelecida como verdadeira na modernidade, foi harmonizada ao determinismo mecanicista, o qual previa a formulação de leis a partir de regularidades sistematicamente observadas, experimentadas e finalmente teorizadas, pressupondo a ordem e a estabilidade do mundo. A teorização determinista convergiu com os interesses burgueses que, ao ascenderem econômica e politicamente passaram a compreender a sociedade, a qual dominavam, como o último estágio de evolução da humanidade. (SANTOS, 1988, p. 51).

Em tese, em sendo o último estágio evolutivo da sociedade, a burguesia europeia sentia-se capaz de informar universais os direitos que mais lhes beneficiavam como classe, afirmando-os, desde a neutralidade própria da ciência moderna, como básicos a qualquer ser racional e autônomo, a qualquer ser humano, portanto. Contudo, a racionalidade e a autonomia não foram atribuídas a todos neutralmente, mas a uma parte muito reduzida daquele contexto: somente a burguesia masculina europeia pôde prevalecer no jogo político, sujeitando-o à sua razão e à sua lei.

Nesse sentido, a problemática que motiva este trabalho refere-se à exclusão das mulheres do rol de privilegiados da pretensa universalidade dos direitos humanos e os reflexos de tal alijamento para o fundamento destes direitos, tanto no que se refere aos problemas deste alicerce, quanto às mudanças que podem transformá-lo. Como já observado, o indivíduo detentor de direitos consubstanciou-se no homem burguês, cabendo ressaltar que no nascedouro dos direitos individuais como inerentes à

natureza humana, as mulheres foram apropriadas pelo discurso político-jurídico de forma arbitrária, subsistindo como oposição - tornadas irracionais, domésticas, peças mais apropriadas ao estado de natureza que ao estado do governo civil - ao humano concreto detentor de poder no espaço político.

As mulheres francesas, por exemplo, ao nascerem no país da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão tiveram dias tortuosos depois da Revolução Francesa, pois se não eram consideradas representantes da humanidade antes da Declaração, dada a diferença entre a suposta racionalidade, humanidade e integridade dos homens e os supostos sentimentos fugazes das mulheres, depois do processo revolucionário a igualdade também não se deu. Em 1793, escreve Douzinas (2009, p. 111), Fabre d'Englantine, representante da Convenção Nacional que se deu na segunda parte da revolução, descrevia as mulheres, reivindicantes por seus direitos de cidadania, como negligentes com seu dever de suas tarefas domésticas. E se supusermos que o processo de reconhecimento formal de igualdade foi resolvido durante o período moderno, nos depararemos com o direito a voto garantido às mulheres francesas somente em 1944.

A não inserção no ideal burguês de humano implicou, portanto, na vulnerabilização dos grupos excluídos, uma vez que a concepção abstrata de indivíduo revelou-se cega às contingências que afetam os sujeitos concretos, como pobreza e ignorância, e que se perfazem em diferenças entre eles, às mulheres competiu o processo de exclusão do processo de igualação através da individuação, posto que na democracia patriarcal moderna a subjetivação feminina foi erradicada através da racionalização da chamada desigualdade natural e constitutiva entre os sexos (ZUÑIGA, 2011, p. 137).

Conforme Zuñiga (2011, p. 137-138) o processo de racionalização da “desigualdade natural entre os sexos” perpassou pela representação simbólica da mulher pela literatura, ciência, entre outras formas culturais, que encobriam a real mulher: sem direitos, autonomia ou liberdade. Exemplo de teoria acerca de inferioridade feminina, a obra do pensador iluminista Jean Jaques Rousseau “O discurso sobre a origem e fundamento da desigualdade entre homens” impugna a desigualdade social, mas concebe uma divisão entre os sexos, na qual às mulheres cabe a tarefa natural de esposa e mãe a ser exercida no ambiente doméstico. (COBO BEDÍA, 1995, p. 3).

O afastamento das mulheres do campo político relegou-as ao silêncio daqueles que não possuem representatividade e, portanto, são incapazes de reivindicar o reconhecimento de direitos ao Estado, culminando em uma vulnerabilidade maior deste grupo, eivado de garantias que, tal como funcionava para os varões, pudesse lhes assegurar liberdade, igualdade e fraternidade, além de propriedade, obviamente. (VARGAS, 2011, p.36).

O banimento das mulheres do campo político e a perquirição de seu silenciamento através dos mais diversos discursos - literário, jurídico, político - vulnerabilizaram a figura feminina e os reflexos deste passado geram efeitos ainda hoje, não sendo surpreendente a luta por direitos travada por grupos feministas. Mas para além da crise jurídico-política na qual estão imbricadas as mulheres, há um problema na fundamentação, isto é, na causa, no cerne, na base dos direitos humanos que passa pela negação do Feminino para atingir a supremacia do masculino, bem como para fazer emergir o individualismo próprio da modernidade. Muito mais do que uma imposição política do homem sobre a mulher, há nesta relação de poder o encobrimento de uma alteridade, de um ser Outro, distinto, importante e influente nesta distinção, que, quando emergente quebra a lógica do indivíduo autônomo e autorreflexivo, próprio do fundamento

moderno dos direitos humanos, para trazer à tona a alteridade que funda a ética e, portanto, normatiza as relações.

A ética é, pois, base para o direito e seus direitos humanos e, em assim sendo, rever o alicerce jurídico parece tarefa inescusável, caso se esteja de acordo que o fundamento individualista, calcado no homem racional e autônomo, não consegue atingir seu fito universalista e, contrariamente ao seu intento jusfilosófico, tornou-se fonte de um exclusivismo que mantém os privilégios de grupos dominantes.

O estudo preocupa-se especialmente com a rejeição do feminino pelo pensamento moderno, pois, além de serem as mulheres, desde suas denúncias, reivindicações e lutas por direito, a prova do exclusivismo, em lugar do universalismo, dos direitos humanos, são também as mulheres aquelas que, segundo o pensamento do pediatra e psicanalista inglês Donald Winnicott, promovem, desde a maternidade, a integração, ou o sentimento de ser uno, e, em consequência, o relacionamento primário com a realidade externa (2000, p. 227). Assim, é, primariamente, desde a relação com o feminino que nos individuamos e nos relacionamos com o ambiente externo, o que promove a mulher à centralidade dos passos primordiais para o desenvolvimento psíquico, emocional e social de qualquer indivíduo, o que, em certa medida, contrapõe-se ao Édipo freudiano e sua centralidade patriarcal, cujas raízes, profundamente modernas, remetem a Hobbes e sua concepção de feminino estreitamente ligada com a baixa racionalidade própria ao estado de natureza que precede o estado civil.

Remontar à Winnicott e sua oposição a Freud, ao mesmo tempo em que este também é parte de sua herança psicanalítica, bem como à concepção de Hobbes acerca do feminino, não se trata de uma associação feita ao acaso, mas diz respeito a intrínseca relação de Hobbes com o fundamento dos direitos humanos, com as bases patriarcais nas quais tais direitos são fundados, assim como o legado dos ideais modernos hobbesianos para

Freud e para seu pensamento acerca do indivíduo, reforçando o individualismo moderno como a natureza de todo ser humano e, por fim, a refutação feita por Winnicott, a qual não somente ressalta alteridade como constituinte essenciais do indivíduo, o que promove um giro na concepção de ser humano moderna que embasa os direitos humanos, como ressalta o papel fundamental da mulher para a formação deste ser humano e de suas relações, as quais basearão, desde o diálogo, as normatizações que originarão o direito, bem como sua vertente fundamental, os direitos humanos.

## **2 - Hobbes e os direitos humanos**

Recobrando a origem dos direitos humanos, Villey (2016, p. 142) volta-se para o *Leviatã* de Thomas Hobbes, o primeiro texto a referir-se e a definir o “direito do homem” em suas fontes, conteúdo e função original. A partir do método “resolutivo-compositivo” aprendido na Escola de Pádua com Galileu Galilei, Hobbes reduz a realidade a elementos simples com o fito de analisá-la e, então, reconstruí-la, tal como o fazem os matemáticos a partir de figuras geométricas. (VILLEY, 2016, p. 145).

Hobbes, contrapondo-se diametralmente à posição aristotélica, pensa em um estado de natureza em que os homens são isolados por interesses individuais, embora lhes seja possível, partir de sua natureza comum, constituir instituições e, conseqüentemente, a sociedade. A igualdade e a liberdade são os pilares da humanidade e do contrato social hobbesiano e até hoje os “homens nascem livres e iguais” para a Declaração Universal de 1948, o que para Villey (2016, p. 145) é uma imagem contrária à realidade e deliberadamente fictícia, uma vez que o contrato social, e tudo que dele decorre, é fruto da pura e abstrata razão.

Está-se, assim, diante do direito do indivíduo e de sua permissão ou licença para agir consubstanciadas na liberdade que nenhuma lei deve

entravar, posto que se trata de direito próprio do sujeito, “autêntico direito subjetivo”. Esses direitos são constitutivos do novo estado civil, no qual o soberano determinará a ordem através das leis, cuja fonte não poderá ser outra que não o soberano. A ordem é mantida porque parcelas de liberdade foram distribuídas e todos poderão coexistir com suas propriedades, o que garante, ainda, autonomia da vontade nas relações comerciais, numa clara demonstração do cálculo racional pensado pelos particulares na hora de formar um Estado garantidor da prosperidade e direitos “protegidos pela espada do príncipe”. (VILLEY, 2016, p. 147/149).

A ficção pensada por Hobbes para edificar o governo civil saído do estado de natureza é tanto saída da razão, quanto a decisão dos homens atomizados em ceder parcela de sua liberdade ao governo soberano também é apontada como o resultado de um processo racional. O meio mais apto para criar a paz é, racionalmente, o contrato (VILLEY, 2016, p. 148). Mas a quem serve o contrato? Por que e para quem essa avalanche de direitos do homem, pergunta Villey (2016, p. 159).

Considerando o temor que o Leviatã deveria inspirar, Villey (2016, p. 160) pensa que Hobbes concebeu os direitos do homem para servirem aos reis, mas estes passaram a servir aos súditos justamente para eleição de governantes, controle de seus atos e limitação de poder. Contudo, os chamados instrumentos de proteção ao indivíduo não são para qualquer indivíduo, mas para uma classe em ascensão na modernidade. Afinal, quem, senão os homens burgueses, teria mais condições de exercer direitos sobre a propriedade?

Propriedade, inclusive, no que se refere a família, e este ponto é crucial para compreendermos a relação entre a depreciação do feminino e os “direitos do homem”. Em “Do cidadão”, Hobbes, na segunda parte do livro, trata acerca do domínio; esta categoria emerge, posto que o autor (2016, p. 83), após tratar das leis naturais na primeira parte da obra, afirma que

embora aquelas possam ser bem compreendidas pelos seres humanos, isso não assegura o seu cumprimento, o qual se dará, quando da mudança do estado de natureza para o governo civil, através do domínio.

Como é bem sabido, o estado de natureza, no qual haveria o predomínio da barbárie, dada a imposição de vontade do mais forte sobre o mais fraco, transmuta-se em governo civil quando as pessoas, guiadas pela reta razão, associam-se em mútua ajuda, contudo, diz-nos Hobbes (2016, p. 85) “algo mais deve ser feito para os que consentirem, pelo bem comum, para paz e ajuda mútua”, este algo mais é o domínio, a submissão de vontades de todos os homens à vontade de um, de forma que o contrato social obrigue a não resistir a essa vontade soberana. (HOBBS, 2016, p. 87).

Ainda no tocante ao domínio, o capítulo sobre o direito dos pais sobre os filhos é bastante revelador acerca dos papéis masculino e feminino na teoria contratualista moderna hobbesiana. Enquanto as mulheres, enquanto mães, poderiam exercer o domínio da família no estado de natureza, os homens inauguram o patriarcado quando do governo civil, pois a eles cabe a razão própria do desenho institucional artificialmente criado por Hobbes. Esta diferenciação já diz muito sobre a eleição daqueles que seriam dotados de razão e aqueles que dela não gozariam ou gozariam em um nível mais baixo, o que já provoca muitas dúvidas acerca da universalidade de direitos fundamentais, característicos de seres racionais e autônomos, mas devemos nos ater um pouco mais sobre isso antes de qualquer conclusão.

O domínio no âmbito da família é também o poder supremo indivisível, o qual somente serve a um senhor. Contudo, uma vez que concorrem para procriação macho e fêmea, Hobbes (2016, p. 126) preocupa-se em demonstrar como se originou o governo paterno, para tanto o autor remonta ao estado de natureza. Durante o período de barbárie humana em que a reta razão ainda não fora explorada para a consecução do governo

civil, a mulher exercia o domínio sobre os filhos, pois a criança pertenceria àquele que em primeiro lugar estivesse com o seu poder. A mãe nutre o bebê e, por conseguinte, está criando um adulto que não será seu inimigo no estado de guerra, sendo, portanto, desde a saciação de uma necessidade natural que o domínio materno se faça.

O governo civil, contudo, instaura o domínio patriarcal; este se inicia quando o casamento, enquanto contrato matrimonial, une homem e mulher, cabendo ao varão o domínio, afinal, “em todas as cidades, constituídas por pais, não por mães governando suas famílias, o comando doméstico pertence ao homem (...)” (HOBBES, 2016, p. 128). É de se notar, assim, que Hobbes estabelece o patriarcado como a regra do governo civil, desdobrando-se daí que, sob o império da razão, é o homem aquele que melhor se coaduna às atividades e aos regramentos impostos pela racionalidade moderna, muito embora o autor não se preocupe em explicar de maneira minudente porque a mulher não goza da mesma reta razão e, por isso, não possa continuar exercendo o domínio sobre a família ou não possa exercer atividades políticas no governo civil.

Das elucidações hobbesianas acerca do domínio familiar no estado de natureza e no governo civil pode-se extrair que a mulher só estaria na função se senhora enquanto os seres humanos obedecessem unicamente aos seus instintos mais primitivos, estando, então, as crias da fêmea a ela submetidas por conta da nutrição proporcionada e sem a qual jamais sobreviveriam. Quando do comando da razão, característica humana valorizada pela modernidade como a outorgante de humanidade, uma vez que alforria o ser da pura animalidade, o governo civil se instala e homem eleva-se como o detentor do domínio político e familiar, em uma clara manifestação da ideia de que os homens detinham a razão, enquanto as mulheres não alcançavam o mesmo patamar de humanidade.

Destas ilações, temos que em não sendo detentoras de razão, tal como os varões, às tem mulheres caberia a subalternidade em relação aos direitos humanos nascidos na modernidade, sob o signo da razão, da autonomia e da universalidade. Entretanto a universalidade dos direitos estava intrinsecamente relacionada aos indivíduos dotados de razão e, em sendo as mulheres consideradas alheias a este atributo, o gozo dos direitos humanos nunca lhes foi uma alternativa. Os direitos do homem estavam destinados a indivíduos específicos, detentores de uma razão artificialmente criada por eles e para eles.

Um problema filosófico que conduz o pensar sobre os direitos humanos e os expõe à crítica é, justamente, sua fundamentação baseada em um individualismo autorreflexivo, isto é, pensado pelo e para o indivíduo homem, burguês e europeu. Tal individualismo longe de privilegiar a universalidade, conforme a igualdade entre indivíduos, privilegia a igualdade de interesses que um grupo mantém, sendo a exclusão total das mulheres, inclusive o seu alijamento de um atributo que confere humanidade, um bom indicativo do individualismo excludente que funda os direitos humanos, transformando-os em instrumentos para vantagens individuais e não universais.

Nesse sentido, é de se criticar a reflexão filosófica moderna que, ao delimitar o fundamento ou o estado que se julga conhecer a causa pela qual os direitos humanos são, os consagra como atributos de uma individualidade racional e livre, situando-se a justiça como virtude de um bem saído da pura abstração da razão moral. É de se concordar com Douzinas (2009, p. 373), portanto, quando o autor aponta como injustiça a busca por cristalizar os direitos humanos consoante identidades individuais de grupos e, ainda, o movimento para encerrá-los ao redor da autoridade política ou da lei.

Para além da importante denúncia acerca do individualismo excluyente que se esconde sob o predicado da razão e que rechaçou as mulheres, retirando-lhes a humanidade para tanto, há na filosofia política da modernidade, especialmente na hobbesiana, ora apresentada, um legado para a teoria psicanalítica mais clássica, qual seja a freudiana, assim como para todo o conhecimento humano e sua busca para alcançar o mesmo grau de exatidão das ciências naturais, que a fez debruçar-se sobre a formação da subjetividade humana desde um arcabouço teórico moderno e extremamente patriarcal.

A mesma teoria psicanalítica, depara-se com o inconsciente e sua desvinculação da razão lógica e da consciência (PLASTINO, 2014, p. 13), podendo-se, a partir destas descobertas do próprio Freud, enxergar uma outra forma de constituição da subjetividade humana que, a partir do pensar psicanalítico de Winnicott, é capaz de contrapor-se ao individualismo autorreflexivo moderno, apresentando o ser humano como um empata que, desde sua formação mais elementar, como um bebê, aprende sobre a essencial relação com o outro para o desenvolvimento da própria subjetividade, podendo-se a partir desta mudança do paradigma individualista para o paradigma da alteridade, apresentar um fundamento outro que vincule todo o pensar acerca dos direitos humanos. Interessa assinalar, sobretudo, que do processo de subjetivação pensado por Freud até aquele pensado por Winnicott, o papel feminino muda, passando a gozar de um protagonismo essencial para a virada paradigmática do fundamento dos direitos humanos, conforme veremos a seguir.

### **3. Freud e a herança moderna**

Ao tratarmos sobre Hobbes na sessão anterior, revelando o individualismo exclusivista no qual funda os direitos do homem, despojando as mulheres de sua humanidade e tornando a razão em um atributo pouco

acessível a quem não fosse homem, buscou-se introduzir a base moderna na qual estaria assentada a metapsicologia freudiana. Conforme elucida Plastino (2014, p. 26), a metapsicologia teoriza acerca dos processos que não pudessem ser observados diretamente, estando os seus fundamentos calcados nos pressupostos que embasam a ciência moderna, cabendo lembrar que o paradigma do moderna implica na dominação do homem sobre a natureza e isso inclui a dominação do próprio corpo humano.

Plastino (2014, p. 27) informa, ainda, que o conhecimento racional, o único aceito como válido, relaciona-se a alguns aspectos da natureza, os quais podem ser dominados, aqueles que não se submetem às relações de causa e efeito e, por conseguinte, são pertencem a uma dinâmica diferenciada, não são explicados cientificamente, embora possam ser compreendidos desde outras formas de conhecer que não a ciência moderna.

Dentro deste modo paradigmático de conhecer, a dualidade entre natureza e cultura é central, dado o conflito entre a natureza humana conflituosa e a necessidade de dominar os conflitos para que a sociedade se mantenha. O patriarcado, como vimos em Hobbes e como atesta Plastino (2014, p. 27), faz-se importante para a vida social em sua concepção autoritária, sendo a dominação da natureza a condição essencial para a civilização.

Apropriando-se da célebre frase de Hobbes “*Homo homini lupus*” ou o “O homem é o lobo do homem”, Freud (2016, p. 125) ressalta a natureza agressiva do homem, considerando o próximo como aquele que nos tenta a realizar uma agressão “explorar sua força de trabalho sem recompensá-lo, usá-lo sexualmente sem o seu consentimento, apropriar-se de seus bens, humilha-lo, causar-lhe dor, torturá-lo e matá-lo.”. Esta tendência agressiva comum a todos os seres humanos seria o fator basilar de perturbação dos relacionamentos entre indivíduos e do mal-estar na cultura.

Freud (2016, p. 61-65) situa a vida como um conjunto de dores e desilusões, cuja aspiração pela felicidade revela uma programação baseada no princípio do prazer, o qual comandará o aparelho psíquico que, por conseguinte, sofrerá frustração diante da tarefa irrealizável de ser feliz em um mundo cheio de disposições em contrário. O sofrimento que é próprio à vivência humana, segundo o pai da psicanálise, é gerado desde o próprio corpo humano, como já alertara Plastino, cuja matéria é destinada a morte, a partir do mundo externo e sua natureza de forças destrutivas e, principalmente, por meio das relações com o outro, “o sofrimento que provém desta última fonte talvez seja sentido de modo mais doloroso que qualquer outro.”.

Desde o individualismo que concebe sofrimento em razão da relação com outros seres humanos, Freud (2016, p. 66) concebe a solidão voluntária como alternativa ao desprazer associada aos vínculos humanos. Como herdeiro do cientificismo moderno, indica que a natureza seja dominada e submetida à vontade humana para que provoque menor sofrimento, admitindo, desde os parâmetros científicos, química e intoxicação como métodos para induzir o próprio organismo ao prazer.

A cultura, como contraposição à natureza, seria, pois, todas as atividades que colocam os elementos do planeta à serviço do homem, mitigando os sofrimentos naturais, quais sejam as imprevisibilidades catastróficas do corpo e do meio. Contudo, as relações com outros seres, quando não resolvidas pelo isolamento, permanecem como mal-estar na cultura. (FREUD, 2016, p. 88).

Freud (2016, p. 124) é legatário do entendimento de que os seres humanos uniram-se para colaborar uns com os outros a partir do momento em que perceberam ser o trabalho em conjunto muito mais produtivo para a vida na Terra. O psicanalista considera, ainda, que as famílias foram as formas mais primevas de associação e colaboração entre

indivíduos, estando este núcleo de relações intimamente ligado pela satisfação genital, o que teria motivado o macho a manter uma fêmea, como objeto sexual, junto de si, ao passo em que a fêmea para não separar-se de seus filhos também se interessava em estar com o macho mais forte.

O amor genital, fundador da família, permanece na cultura ligando os seres humanos, mas de modo mais contundente do que aquele necessário ao interesse da comunidade, opondo-se o amor aos interesses da cultura quando, por exemplo, há discórdia entre família e a comunidade maior com a qual o indivíduo se relaciona. As mulheres, nesse sentido, figurariam como verdadeiras bloqueadoras dos interesses culturais, pois em um conflito entre sociedade e família, os interesses do último grupo seriam defendidos pela mulher, enquanto ao homem coube, no decorrer da história, o trabalho da cultura, dada a sua maior capacidade em sublimar seus impulsos sexuais se comparados ao gênero feminino. A partir deste entendimento, Freud (2016, p. 112/113) considera que as mulheres possuem uma relação muito mais hostil com a cultura, afinal são relegadas ao segundo plano da vida dos homens que se ocupam de aspectos culturais.

Além da proeminência masculina no que se refere ao exercício da razão em suas atividades culturais (políticas, sociais, jurídicas), em assimetria ao comportamento feminino e sua ligação mais forte com a família, enquanto formação primitiva da sociedade, e o amor sexual, de caráter extremamente natural, Freud (2016, p. 59) também considera a figura masculina essencial para o desenvolvimento das barreiras que nos possibilitam viver em sociedade.

Em “Totem e Tabu”, Freud (2015) remonta às sociedades primitivas e à prática de culto a um animal morto que serviria de totem, de símbolo da ancestralidade de uma determinada comunidade. Desenvolvendo seus

argumentos no sentido apresentar como normas morais foram se estabelecendo, o autor (2015, p. 205) informa que o animal totêmico, cuja morte ora é pranteada, ora é festejada pelos integrantes da comunidade, trata-se, em verdade, de um substituto para o pai que fora morto por seus filhos. Explica-se: o prelúdio do que, atualmente, se conhece por sociedade teria por líder um pai violento e detentor de todas as fêmeas, cujo ciúme e truculência consecutava na expulsão de seus filhos da comunidade. Este comportamento concorreu para que os filhos unidos matassem o pai, ato impossível de ser realizado por um indivíduo apenas, e também o deverassem, como um ato de identificação que pretendia apropriar-se da força do patriarca. Este ato fundador de uma comunidade reunida por colaboração passou a ser festejado como símbolo do princípio, mas tratava-se de um momento de lágrimas e lamentações, dada a culpa que remanesceu do assassinato do pai.

Freud (2015, p. 224, 2016, p. 159) considera que a eliminação do pai deixou “traços indeléveis” na história da humanidade, tanto é assim que o sentimento de culpa carregado pela humanidade, o qual permite a inibição de impulsos contrastantes das regras morais próprias a uma sociedade, seria proveniente do complexo de Édipo adquirido quando do assassinato do patriarca, uma agressão não reprimida que se refletiria no sentimento de culpa experimentado pelas crianças humanas, culpa esta resultante da ambivalência de sentimentos provocada pela figura paterna, um misto de amor e ódio, de ciúme e admiração.

É de se observar, portanto a relevância da figura masculina para a formação psicológica e moral do sujeito freudiano. Além de detentor da razão e, conseqüentemente, da capacidade de dominar seus impulsos naturais, o homem ocupado com os aspectos culturais é também o mais talentoso em lidar com as dores da existência, além de seu papel primordial na constituição do sujeito, cuja habilidade em seguir os regramentos

saídos da moral somente é possível em razão da culpa saída do complexo de Édipo.

Plastino (2014, p. 28) nos explica que estes pressupostos provindos do cientificismo reducionista moderno é centralmente patriarcal e, como bem pudemos verificar, desvalorizam a mulher, a afetividade e as emoções, canalizando as teorias para os conflitos, culpa e odiosa relação entre indivíduos mutuamente interessados em seu próprio bem-estar, recaindo, assim, em uma oposição entre indivíduo e sociedade, cujo resultado é o sujeito autorreflexivo, ensimesmado, atomizado, preocupado com seus interesses, mas ciente da importância da sociedade para livrá-lo da destruição característica do estado de natureza.

#### **4. Winnicott e a herança da psicanálise**

Conforme elucida Plastino (2014, p. 15) Winnicott possui estreita relação com a obra freudiana, considerando-se filiado da psicanálise ao mesmo tempo em que afasta-se da metapsicologia. Para tratar da constituição da subjetividade humana e o papel primordial da mulher para tanto, desde pronto descartando a pretensão de esgotar o entendimento winnicottiano sobre o tema, deve-se esclarecer que o autor teoriza desde sua experiência clínica. (WINNICOTT, 2000, p. 218).

Acerca da experiência é de se afirmar que sua valorização se dá, no âmbito da ciência moderna, quando da repetição exatamente igual dos mesmos resultados. Entretanto, quando Winnicott está a falar de sua experiência como terapeuta também está fazendo referência ao seu relacionamento com os pacientes, descendendo do encontro entre sujeitos, e não da relação entre cientista e objeto, o conhecimento que produz. (PLASTINO, 2014, p.15).

Talvez o que haja contribuído para a flagrante indiferença em relação à experiência como fonte do pensar seja a enorme expectativa que o

avanço técnico-científico, fortemente enaltecido na modernidade, gerou, sem, contudo, conseguir resolver os problemas de ordem moral da humanidade. Se, de um lado os experimentos científicos apontavam para um futuro brilhante e inteiramente diferente, de outro as expectativas por um futuro de paz e igualdade material eram frustradas pelas experiências medíocres em relação a estes ideais. A experiência parecia nada ter a dizer.

Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 34) nos diz que ao excesso de expectativas em relação à experiência foi dado o nome de progresso e se este não poderia ser concebido no seio do próprio viver humano, que fosse, então, buscado naquilo que desenvolvia as ciências naturais, isto é, na razão. Como já dissemos, este caminho também parece não ter preenchido as esperanças. O mundo se faz de situações e condições que geram indignação, desconforto e inconformismo, as promessas da modernidade restam não cumpridas (SANTOS, 2011, p. 23), os direitos humanos restam não cumpridos e suas tensões, experienciadas por nós dia após dia, estão a nos dizer: talvez estes direitos somente cumpram seu papel ético se forem analisados dentro da experiência, afinal se é ela que está a nos interpelar, a nos deixar desconfortáveis cotidianamente, buscar nela o que falta nestes direitos parece razoável.

O receio de falar em experiência está na ideia de parcialidade que o termo parece conter, afinal tal experiência parece advir do eu dividido e contraditório que Haraway (1995, p. 26) indica ser parte de todas as pessoas.

Sobre a comunicação entre experiências, característica do encontro entre sujeitos, Gadamer (1999, p. 29-33) ensina que a compreensão é uma tarefa que abrange toda experiência do homem no mundo. Em sendo a compreensão um movimento que nos acompanha a todos, há uma vitalidade no compreender, e isso inclui a formulação de juízos para alcançar a verdade, os quais independem do conhecimento científico para alcançar

justificação e, inclusive, resistem à reinterpretação pelo método científico, estando a experiência da verdade atingida pela compreensão em toda parte.

As ciências do espírito, as quais buscam compreender o humano, não são mensuráveis, pois, em padrões progressivos de legalidade, não cabendo a experiência do mundo social histórico no método das ciências da natureza. Logo, ao buscarmos compreender os direitos humanos, estamos perscrutando o que a experiência do homem no mundo diz sobre isso e, nesse sentido, a experiência clínica de Winnicott nos parece mais do que adequada aos propósitos deste escrito.

Winnicott (2000, p.218) inicialmente interessado nos problemas emocionais das crianças e dos bebês, dedica-se ao estudo do desenvolvimento emocional primitivo, deparando-se com o processo de constituição da subjetividade e com os relacionamentos primitivos apresentados por adultos e crianças como reprodução da fuga às dificuldades dos aspectos posteriores deste desenvolvimento, o qual refere-se ao progresso do bebê antes que se reconheça como pessoa inteira e antes de reconhecer os outros também como pessoas inteiras.

O desenvolvimento emocional primitivo tem início com a integração que nada mais é que o sentimento de estar vivendo dentro do próprio corpo e de realidade do mundo. Para desenvolver o sentimento de estar no próprio corpo, o bebê precisa experimentar repetidamente o cuidado físico que constituíra a personalização. (WINNICOTT, 2000, p. 225).

É desde a integração que o relacionamento primário do bebê com realidade externa também se dará. Winnicott (2000, p. 227) elucida que, ao relacionar-se com o seio materno, o bebê é tomado por impulsos primitivos e predatórios, os quais seriam tolerados e compreendidos pela parte mais madura da relação, isto é, a mãe. É desta forma que o primeiro vínculo com um objeto externo se dá para o sujeito em formação.

O psicanalista inglês nos diz que a tarefa materna de proteger e livrar o bebê das complicações as quais ele ainda não pode entender não somente simplifica o mundo, como também garante a oportunidade de conhecimento deste mundo desde uma percepção objetiva, uma vez que a oferta do seio, o cheiro do leite e todas as sensações são parte da realidade que se contrapõem às alucinações do bebê que, quando faminto, alucina o seio como algo a ser atacado. A realidade externa é aceita, pois há um ganho que dela deriva. (WINNICOTT, 2000, p. 227/228).

O ato de morder o seio da mãe, de dar pontapé no útero ou agitar os braços, afirma Winnicott (2000, p. 289) não dizem respeito à agressividade deliberada, tão comum na constituição subjetiva moderna, trata-se apenas de uma atividade, em verdade, de uma função parcial que no decorrer do desenvolvimento infantil se transformará em real agressividade, mas no âmbito do desenvolvimento emocional primitivo, diz-nos Plastino (2014, p. 84) é somente a tentativa de satisfazer a motilidade que requer encontrar algo de oposição.

Ainda segundo Plastino (2014, p. 63) o desenvolvimento emocional primitivo tem por ponto culminante a conquista do bebê do sentimento de eu, passando ao relacionamento com pessoas que reconhece como seres totais. Neste estágio, ensina Winnicott (2000, p. 291), o sujeito percebe a figura materna como outra personalidade e suas preocupações irão além da preocupação de seus impulsos sobre a mãe, deslocando-se para percepção dos resultados das experiências sobre o próprio eu.

Administrar o mundo interior passa, assim, a ser uma tarefa da vida. É nesta fase em que o bebê passará a preocupar-se com as consequências de seus ataques instintivos à mãe e também passará a distinguir fatos de fantasia. É desde a emergência do sentimento de “eu” que o bebê, ao diferenciar “eu” de “não eu” também conquista o sentimento de alteridade,

sendo o primeiro contato com o outro aquele experimentado pelo contato com a mãe. (PLASTINO, 2014, p. 66).

As reações da criança às limitações de sua ilusória onipotência vão conferindo-lhe, explica Plastino (2014, p. 67), o sentimento de culpa e o desejo de reparar o mal eu possa ter feito. O autor classifica a culpa como uma conquista, porque daí advirá o reconhecimento da alteridade e da responsabilidade a que se sente concernido.

Relevante é desdobrar das informações acerca do desenvolvimento emocional primitivo teorizado por Winnicott que o sentimento de culpa, dantes responsável pelo mal-estar na cultura, pela centralidade da figura masculina e pela atomização do indivíduo preocupado consigo mesmo e odioso das relações humana, é agora responsável pelo sentimento de alteridade, pela centralidade do feminino na constituição subjetiva dos indivíduos e pelo início da inserção social. (PLASTINO, 2014, p. 67).

Longe do dualismo masculino/racional/cultural versus feminino/emocional/natural, Winnicott, herdeiro da psicanálise, nos mostra que a natureza não é uma máquina burra e que o feminino possui muito mais influências no processo de subjetivação, de constituição da subjetividade do que Freud jamais pôde conceber, até porque era um homem de seu tempo, isto é, do início do século XX e fortemente influenciado pelo pensar da modernidade e das ciências da natureza.

Desde esta breve apresentação do pensar de Winnicott, o trabalho buscou elucidar a importância do feminino para a constituição de sujeitos distintos daqueles que, no plano do ideário filosófico, jurídico e político moderno, tornou-se fundamento para os direitos humanos. O homem atomizado, cuja reflexão ética seria proveniente de sua autonomia, é fonte dos direitos humanos, bem como de sua crise, intimamente ligada a uma universalidade falaciosa que, longe de abranger todos os seres humanos, garantindo-lhes os direitos mais básicos, vem assegurando, desde a sua

fundação jurídica, a manutenção de privilégios para um grupo de indivíduos.

O sujeito aberto à alteridade desde o seu relacionamento mais primitivo com a mãe não mantém uma ligação conflituosa com a sociedade e, em sendo este ser a causa fundamental pela qual os direitos humanos são, pode-se extrair daí um giro acerca do fundamento dos direitos humanos: em lugar da autorreflexão ética, ensejadora do individualismo, a normatização dos mencionados direitos seria fruto da reflexão ética originada do respeito à alteridade, a qual é central para a constituição da subjetividade humana e realizável somente quando do relacionamento com o outro.

## **5 – Direito e alteridade**

Os direitos normalmente são formulados na linguagem de regras instituídas como direitos e deveres para um indivíduo. Esta linguagem baseia-se no individualismo gravado no direito, o qual promove interesses individuais desde a autorreflexão própria da filosofia moderna de onde descende o atual modelo jurídico. Este modelo, contudo carece da reflexão ética que levará à justiça, o fim ético do direito. Diz-se isso, pois a filosofia prática é fruto do diálogo, não é um processo autorrefletido.

Costas Douzinas (2009, p. 239/240) nos diz que ser típico do ordenamento jurídico que a lei institua o possuidor de um direito e que este possa exigir de outra pessoa o cumprimento de uma obrigação ou a abstenção de uma certa atividade, fazendo prevalecer assim seu direito. Os direitos são, então, comumente traduzidos como capacidades pessoais previstas legalmente, cujo fito é a promoção dos interesses individuais sancionados, bem como o acolhimento dos objetivos das políticas públicas. “Direitos são formas de buscar escolhas sociais por meio do

reconhecimento de vontades individuais e atribuí-las às pessoas.” (DOUZINAS, 2009, p. 240).

Há na vinculação entre lei e sujeito uma circularidade na qual a lei pressupõe a existência dos sujeitos jurídicos, definindo, assim, as suas capacidades, podendo-se dizer que sem os sujeitos a lei não teria razão para ser. Da mesma forma, um sujeito jurídico somente é, caso a lei lhe reconheça capaz de exercer direitos e deveres. Enquanto o sujeito jurídico é uma criação de uma entidade artificial, qual seja a lei, esta funciona porque os sujeitos jurídicos aceitam-lhe a legitimidade e seu poder criador de direitos. (DOUZINAS, 2009, p. 241).

A liberdade é o componente principal do sujeito, é o que lhe confere unidade e identidade, ficando à cargo do direito tornar legal a vontade individual. Este individualismo jurídico acaba por definir uma certa forma de inserção de unidades de referências vivas no imaginário das pessoas, promovendo uma lacuna entre a pessoa real e sua imagem jurídica. (DOUZINAS, 2009, p. 244/245).

O sujeito jurídico é para Douzinas (2009, p. 245) uma abstração das pessoas reais e enfatiza apenas um lado da vida humana em detrimento das variadas conjunturas sociais que fazem o homem utilizar sua razão. Este homem do mundo jurídico está centralmente posicionado no quadro do universo e a lei lhe serve como garantidora de suas prerrogativas, não se fazendo de grande importância, nesse sentido, as considerações éticas e a empatia com o Outro (DOUZINAS, 2009, p. 246).

Por isso, é de se questionar se o individualismo, próprio ao direito, e a preocupação com as liberdades que dizem respeito ao sujeito, mas que não se relacionam ao questionamento ético acerca do direito daquele que, comumente, é considerado mero oponente de minhas vontades, não tornam o direito um mero reconhecedor de vontades, quando deveria preocupar em reconhecer a justiça que, nas palavras de Aristóteles é a

maior das virtudes, na qual estão compreendidas todas as outras virtudes, gozando esta de completude porque “aquele que a possui pode exercer sua virtude não só sobre si mesmo, mas também sobre o próximo, pois muitos homens são capazes de exercer virtude em seus assuntos privados, porém não em sua relação com os outros.”(1991, 8). A justiça é tida, entre todas as outras virtudes, como o “bem do outro”, pois se relaciona ao próximo e ao que lhe é vantajoso, configurando-se como virtude inteira e a injustiça, o vício inteiro.

O direito, como ciência do espírito e parte da filosofia moral, diz Matos baseado em Gadamer (2012, p. 94), debruça-se sobre o próprio ser humano e todos os aspectos, racionais e irracionais, os quais permeiam sua vida. Portanto a interpretação das leis, das decisões, a compreensão do direito devem ser passíveis de críticas referentes à retificação moral das ações sob julgamento, não sendo o aspecto formal do direito parte essencial do fenômeno jurídico.

A retificação moral das ações interpretadas pelo direito devem, então, orientar-se para o justo, e sua linguagem expande-se para além da relação entre sujeitos com direitos e deveres. Em verdade, Douzinas (2009, p. 349) nos ensina que direitos existem de forma relacionada a outros direitos e a sua exigência envolve um mútuo compromisso, depreendendo-se daí a característica relacional e de dependência entre aqueles que estão sob um ordenamento jurídico, além da evidente responsabilidade diante daquele com quem me ligo através da alteridade. Os direitos são, assim, o reconhecimento formal de que antes de uma subjetividade jurídica há sempre outra, não sendo os direitos humano, nessa esteira, pertencentes somente aos cidadãos de um determinado Estado, são elementos fluidos entre blocos de poder e identidades, existindo antes mesmo de serem promulgados. (DOUZINAS, 2009, p. 350).

## **Conclusão**

O presente trabalho apontou como problemática da fundamentação moderna dos direitos humanos, cuja influência no Direito Internacional dos Direitos Humanos atual promove o individualismo autorreferente e autorreflexivo, sendo esta base ensejadora de dificuldades, posto que inviabiliza, tal como argumentado na introdução, a universalidade proposta pela teoria jurídica, política e filosófica dos direitos humanos.

A fim de rever o fundamento dos direitos em questão, recorreu-se, na esteira de Villey, ao pensador que primariamente tratou acerca dos direitos do homem, qual seja Hobbes. Ao minudar um pouco da interpretação do Leviatã, desde o pensar de Villey, e também a partir da leitura de “Do cidadão”, compreendeu-se que o individualismo determinista e fortemente influenciado pelo cientificismo calcado sob a batuta da razão era também excludente daqueles que, por critérios pouco explorados ou demonstrados como supõe o método científico, são classificados como irracionais ou detentores de um nível mais baixo de razão.

Nos escritos hobbesianos é possível observar a mulher como uma parte claramente passível de exclusão dos direitos humanos primeiramente pensados na modernidade, uma vez que o autor as associa à natureza, constituindo, desse modo, uma dualidade de gêneros, ao associar os homens à cultura. Portanto, Hobbes indica um nível racional mais baixo ou inexistente ao feminino, porque são as mulheres as detentoras do domínio familiar no estado de natureza, enquanto os homens seriam plenos de razão e por isso poderiam exercer o domínio familiar no governo civil. É de se entender, por conseguinte, que em sendo irracionais ou pouco racionais, as mulheres não se enquadrariam no perfil de ser humano capaz de gozar os direitos humanos, isto é, o homem racional e autônomo.

O pensamento hobbesiano é amplamente recepcionado pela teoria psicanalítica de Freud que também retira da mulher qualquer traço de

racionalidade que a autorize a lidar com a cultura, ao mesmo tempo em que centraliza na figura do homem todos os aspectos considerados essenciais para a manutenção da vida em sociedade, sobrando ao feminino a associação à natureza descontrolada e catastrófica. O mais importante acerca do pensar freudiano diz respeito ao processo de subjetivação humano, o qual é ligado diretamente à figura masculina desde o Édipo, reforçando o individualismo egoísta, conflituoso e infeliz da modernidade.

A contraposição trazida a partir da teoria de Winnicott, herdeiro orgulhoso da psicanálise, apresenta o feminino como papel fundante da subjetivação humana. Por meio das ideias relacionadas ao desenvolvimento emocional primitivo somos capazes de enxergar, através da experiência clínica, como a formação da subjetividade dos seres humanos encontra na figura materna sua real motivação para se desenvolver tanto como “eu”, quanto como ser capaz de reconhecer o “outro” desenvolvendo daí o sentimento ético espontâneo, próprio da alteridade.

É esta alteridade, assim, que normatiza nossas relações desde o início, desde o primeiro relacionamento que é, comumente, compartilhado com uma mulher, a mãe. A experiência compartilhada com o outro, diz-nos Gadamer (1999, p. 528), promove a reflexão ética e é um fenômeno moral. Ao considerarmos que o direito se propõe a normatizar legalmente as relações entre as pessoas, é de se afirmar que a base para tal normatização é a correção moral das ações, como esclarece Matos (2012, p. 94).

Assim a saída do pensar autorreferente e individualista no qual estão calcados os direitos humanos parece-nos consubstanciada na reflexão ética provocada pela alteridade. Esse caminho se mostra alternativo ao subjetivismo que funda os direitos em questão e, mais além, mostra-se compatível com uma reflexão que considera a alteridade a peça fundamental sobre a qual qualquer tratativa sobre os direitos humanos primeiramente se debruçará. Devendo-se ressaltar ser a primeira vivência

com o outro aquela experimentada com a mãe, daí a centralidade do feminino para que o fundamento dos direitos humanos faça um giro, saindo do individualismo que não pode garantir a universalidade a qual propõe e indo em direção às normatizações pensadas de maneira dialogal, respeitando-se a alteridade nascente em nosso processo de subjetivação.

## Referências

COBO BEDIA, Rosa. “Gênero” In **AMORÓS**, Celia. *10 palabras clave sobre Mujer*. Navarra, Verbo Divina, 1995, pp. 55-83.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos Direitos Humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2009.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Tradução de Renato Zwick. 2 ed. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2016.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**. Tradução de Renato Zwick. 2 ed. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes/ Editora Universitária São Francisco, 1999.

HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. **Cadernos Pagu**, Campinas, SP, v. 5, n. 1, p. 7-41, 1995.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Edipro, 2016.

MATOS, Saulo Monteiro de. O conceito de direito na filosofia moral gadameriana. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 1. São Leopoldo, RS, p. 165 -174, 2012.

PLASTINO, Carlos Alberto. **Vida, criatividade e sentido no pensamento de Winnicott.** Rio de Janeiro: Garamond, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

VARGAS, Rosana Arroyo. Acceso a la justicia para las Mujeres... el labirinto androcéntrico del derecho. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. In: **Revista IIDH**, no 53, XX aniversario del Programa Derechos Humanos de las Mujeres, jan./jun. 2011.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Galvão. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

WINNICOTT, D. W. **Da pediatria à psicanálise:** obras escolhidas. Tradução de Davy Bogomoletz. Rio de Janeiro: Imago, 2000.

ZÚÑIGA, Yanira. “Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones em el pensamiento moderno y contemporâneo” In: **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**, ano 17, n. 2, 2010, p. 133-163.

## Marx e durkheim: olhares sobre a relação entre direito e sociedade

*Hélio Luiz Fonseca Moreira*<sup>1</sup>

### Introdução

Partindo das concepções sociais de Marx e Durkheim o presente artigo tem como principal objetivo tecer breves considerações sobre a relação entre Direito e Sociedade. Na primeira perspectiva, o Direito é concebido como um momento superestrutural, que produz uma cisão entre a base econômica e a superestrutura jurídica, política e ideológica, assumindo papel importante na alienação e, por conseguinte, na reprodução das relações de subsunção formal e real. É o Direito ganhando vida no plano da concreção como expressão da metáfora arquitetural infraestrutura *versus* superestrutura.

Nesse sentido, o Direito contemporâneo é constituído por uma complexa rede de relações entre a forma fenomênica e a coisa em si ou a aparência e a essência (Kosik, 1976), onde a essência não se revela imediatamente aos olhos dos indivíduos, embora se encontre obscurecida na aparência. Partindo desses pressupostos, conhecer o Direito contemporaneamente significa compreendê-lo enquanto totalidade concreta, sintetizado na unidade da aparência e da essência, ou na unidade da forma fenomênica e da coisa em si.

E esses pressupostos são importantes, pois, em geral, ao conhecer o Direito os indivíduos não assumem a postura de sujeitos cognoscentes e o

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Penal do Instituto de Ciências Jurídicas/UFPA. Pós-doutor em Psicologia/UFPA. Professor permanente do PPGP/UFPA

conhecimento que produzem sobre as formas jurídicas se reduz a compreensão de sua manifestação imediatamente exterior, aparente. Logo, conhecem o Direito apenas como expressões sombrias projetadas no fundo da caverna platônica, tornando-se prisioneiros do mundo da pseudoconcreticidade.

Para romper com esse mundo sombrio, faz-se necessário fazer um desvio metodológico para que o Direito e as formas jurídicas sejam compreendidos por meio de conceitos dotados de alcance teórico e potencial analítico capazes de deduzir as múltiplas dimensões da realidade desvelada, tais como as normas jurídicas, o contrato de trabalho, o contrato de compra e venda e o registro da propriedade privada, manifestações fenomênicas de algo que lhes é essencial: o Direito. Portanto, essa abordagem ainda traz contribuições epistemológicas significativas para se compreender o Direito na sociedade contemporânea.

Na segunda perspectiva, traz-se as contribuições de Durkheim para se pensar a força coercitiva do Direito, concebido como um fato social, símbolo expressivo da solidariedade social na sociedade urbano-industrial. Nessa concepção, o Direito constitui o elemento fundamental do processo de regulamentação da vida social na sociedade à medida que a norma jurídica se configura como o instrumento institucionalizado mais importante de controle social, visto dispor de força coercitiva para impor seu comando normativo aos indivíduos, por meio das instituições socialmente criadas para esse fim. Mesmo enfatizando a importância do direito positivo para o ordenamento da vida social, Durkheim não deixa de destacar a interdependência entre as normas jurídicas e as demais normas sociais para o fortalecimento da solidariedade social, posto ser inegável a interrelação entre o fenômeno jurídico e os demais fenômenos culturais. Indubitavelmente esses clássicos autores ainda são profícuos para a

compreensão de alguns aspectos do Direito na sociedade contemporânea, razão pela qual faz-se relevante revisitá-los em alguns momentos.

### **1. Direito: a expressão da metáfora arquitetural infraestrutura *versus* superestrutura**

"As relações jurídicas não podem se explicar nem por si mesmas, nem pela pretensa evolução geral do espírito humano; mas, sobretudo, têm suas raízes nas condições materiais da vida" (Karl Marx)

A singularidade da concepção de Marx (1974) é evidenciada em sua proposição teórico-metodológica, direcionada a construir uma visão macroestrutural da realidade social, cujo movimento histórico é determinado pelas contradições das condições materiais de existência inerentes ao modo de produção. Contrariando os modelos analíticos que recortam a realidade social, reduzindo-a a fragmentos epistemológicos da totalidade concreta ou a sistemas autônomos fechados em si mesmos, Marx (1974) pressupõe que a compreensão do desenvolvimento histórico-social deve ser centrada no estudo das estruturas societárias, concebidas como síntese de múltiplas determinações, cujas dimensões configuram sistemas objetivos de relações de produção que estruturam a distribuição desigual do poder entre classes sociais.

Nessa perspectiva, o Direito é concebido como um momento superestrutural, que produz uma cisão entre a base econômica e a superestrutura jurídica, política e ideológica, assumindo papel importante na alienação e, por conseguinte, na reprodução das relações de subsunção formal e real. Assim, o desenvolvimento das forças produtivas é ponto de partida para a compreensão das transformações operadas nas formas jurídicas, políticas, ideológicas, filosóficas, religiosas, literárias entre outras, pois, em cada momento do desenvolvimento histórico-social são as

relações de produção que, em última instância, definem as configurações e o conteúdo da vida social e do Direito.

No modo de produção capitalista, a vida econômica se integra aos demais elementos da vida social de tal forma que ao construir a representação do que se passa na vida econômica os indivíduos não conseguem perceber que por trás do capital, da mercadoria, do valor dos preços e da distribuição dos bens se esconde uma sociedade edificada por homens que estabelecem relações de dominação e exploração fundadas na da violência institucional, que por meio de um sistema normativo oficial, reconhecido e legitimado pelo Estado de Direito, se exerce o controle social dos segmentos sociais mais vulneráveis ao poder estatal e a instrumentalidade do Direito em um campo estruturado de forças.

Qualitativamente distinta das sociedades com relações sociais de produção fundadas no trabalho escravo ou servil, a sociedade capitalista apresenta relações sociais de produção fundada no trabalhado assalariado, ensejando a criação de um Estado de Direito coercitivo, fortemente centralizado e burocraticamente diferenciado, com monopólio do uso da violência para conter o potencial de conflito de classe. Assim, a dominação do capital sobre o trabalho é viabilizada por meio de um Estado de Direito, no qual são articulados os valores e interesses particulares das classes dominantes, convertido em interesse geral da sociedade.

Para Max (1977), o homem não é um indivíduo que recebe passivamente as impressões imediatas da realidade advindas do mundo exterior, respondendo aos estímulos externos que se articulam no seu sistema nervoso central. Ele percebe a realidade social à medida em que age sobre ela. Entretanto, quando a ação social é orientada pela racionalidade instrumental capitalista, o conhecimento do mundo exterior tende a ser retificado, conduzindo o homem a construir representações sobre si mesmo que não correspondem ao que realmente ele é. Daí que o indivíduo

realmente é o reflexo objetivado do que produz e da forma como produz. Ou seja, um operário é fundamentalmente um operário, a menos que, transcendendo racionalidade capitalista, assuma uma postura sujeito cognoscente, dotado de consciência de classe, cuja ação produza um conhecimento da realidade social dirigido à transformação das condições de existência material (Marx/Engels, 1977).

Nesse sentido, Kosik (1976) aduz que indivíduo só se coloca como um sujeito cognoscente, edificador da realidade e construtor do mundo quando assume, antes de tudo, um compromisso com a identidade de classe resultante da sua inserção no processo produtivo, pois é nesse contexto que se define não só quem ele realmente é, mas, por via da dedução, quem ele virá a ser. Dessa forma, o compromisso com a identidade de classe é consciente, não admitindo outras formas ideológicas constitutivas de falsas representações da realidade, tais como a ilusão da igualdade formal criadas pelo Direito, ao colocar juridicamente todas as pessoas no mesmo plano epistêmico.

Às formas jurídicas percebidas por meio da observação sensível imediata refletem apenas as manifestações sombrias de algo que lhes é objetivamente inerente. Logo, cabe ao observador desvelar, logicamente, o que está escondido por trás das formas fenomênicas, decompondo-as conceitualmente (Kosik, 1976). Nesse sentido, o Direito contemporâneo torna-se misterioso simplesmente porque é capaz de demonstrar e, paralelamente, obscurecer as características materiais e as propriedades imanentes às relações sociais estabelecidas entre os indivíduos em seus processos interativos e comunicacionais cotidianos.

Na perspectiva de Kosik (1976), o Direito contemporâneo é constituído por uma complexa rede de relações entre a forma fenomênica e a coisa em si ou a aparência e a essência, onde a essência não se revela imediatamente aos olhos dos indivíduos, embora se encontre obscurecida na

aparência. Assim, conhecer o Direito significa compreendê-lo enquanto totalidade concreta, sintetizado na unidade da aparência e da essência, ou na unidade da forma fenomênica e da coisa em si.

Isso significa que, em geral, ao conhecer o Direito os indivíduos não assumem a postura de sujeitos cognoscentes e o conhecimento que produzem sobre as formas jurídicas se reduz a compreensão de sua manifestação imediatamente exterior, aparente. Ou seja, conhecem o Direito apenas em sua forma fenomênica, tornando-se prisioneiros do “mundo da pseudoconcreticidade”<sup>2</sup>. Por conseguinte, para que o Direito e as formas jurídicas se convertam em conceito dotado de potencial analítico, faz-se necessário, antes de tudo, que deste conceito se deduza a “essência” da realidade desvelada. Assim, por exemplo, as “normas jurídicas”, o “contrato de trabalho”, o “contrato de compra e venda” e o “registro da propriedade privada” são manifestações fenomênicas de algo que lhes é essencial: o Direito. Todavia, a essência do Direito enquanto fenômeno jurídico pressupõe um conjunto de relações sociais de dominação e exploração inerentes ao modo de produção no qual é constituído. Se desprezar-se a natureza das relações de dominação e exploração sobre as quais incide, o Direito configurará uma mera abstração ou uma palavra de sentido extremamente limitado em seu alcance teórico e potencialidade analítica.

Desse modo, termos jurídicos tais como “igualdade”, “contrato de trabalho”, “remuneração”, “férias”, “jornada de trabalho”, “contrato de compra e venda”, “contrato de locação” e “propriedade privada” constituem falsos conceitos à medida que são vistos apenas como fatores independentes, que se interligam sob determinadas condições. É assim

---

<sup>2</sup> Segundo Kosik (1976), o mundo da pseudoconcreticidade configura-se como um mundo desconhecido e ambíguo, é “claro e escuro”, “verdade e engano”, pois ao mesmo tempo em que revela o fenômeno em sua aparência, esconde-o em sua essência. Esse mundo reificado, onde o conhecimento que orienta as ações das classes dominadas se reduz à percepção das sombras projetadas na parede da caverna descrita por Platão, em sua essência, esconde uma densa e intrincada rede de relações que para ser conhecida precisa ser decomposta conceitualmente.

que, na propriedade privada, o Direito funde a satisfação das necessidades dos proprietários e a competência decisória sobre a propriedade, associadas aos interesses patrimoniais da família e as possíveis modificações decorrentes do desenvolvimento das forças produtivas (Marx, 1979). Enquanto instrumento de dominação articulado a outros fatores da vida social e econômica, o Direito tem sua essência obscurecida pela ideologia da classe dominante, ao construir e organizar uma hierarquia social em que o poder é exercido de forma instrumental, legítima e desigualmente distribuído.

Para adquirir a categorização de conceito, o Direito deve incorporar em seu conteúdo epistemológico uma estrutura conceitual elaborada em função da história, capaz de constituir uma chave para compreender relação entre o Direito e os demais fatores da vida social e econômica que determinam suas diferentes configurações no tempo e no espaço. Isso porque, para ser compreendido enquanto totalidade concreta, o Direito deve ser dimensionado historicamente, considerando-se que o presente se realiza como síntese de um passado conhecido, mas que permite deduzir um futuro possível. Embora a configuração adquirida pelo Direito reflita necessariamente as contradições das relações sociais de produção nela constituída, bem como o grau de desenvolvimento das forças produtivas alcançado no modo de produção capitalista, a compreensão das estruturas societárias sobre as quais o mesmo é edificado, permite compreender não só a lógica que configura o Direito na contemporaneidade, mas também apreender a dinâmica social que condicionou as suas diferentes configurações no Direito no desenvolvimento histórico-social, afinal se é possível conhecermos a renda imobiliária, da mesma forma é possível compreender a dízima e o tributo (Marx, 1979).

Em síntese, o Direito na sociedade contemporânea não se reduz simplesmente a um sistema conceitual, abstrato, fechado em si mesmo, pois,

deve ser compreendido como um importante componente superestrutural que, concretamente, reflete e repercute no processo que põe em movimento às forças produtivas e a capacidade material dos homens no tempo e no espaço.

### **O direito e a força coercitiva do fato social**

“É fato social toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, toda maneira de fazer que é geral na extensão de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independente de suas manifestações individuais.” (Durkheim)

Na concepção social de Durkheim (2000), individualmente, o homem é um animal constituído por sistemas de células e representações, cuja natureza humana é desprovida de quaisquer direitos ou valores morais, os quais são adquiridos e aprendidos no curso da vida social. Analiticamente, o indivíduo integra-se uma do sistema social, por meio de um processo de socialização, mas sem possuir grande expressividade ontológica em suas ações individuais. Nessa perspectiva, a sociedade não se resume ao resultado da soma dos indivíduos ou a combinação justaposta das ações, consciências e sentimentos pessoais. Ela configura uma realidade moral *sui generis* que gera e sustenta a solidariedade coletiva. As maneiras coletivas de agir e de pensar constituem uma realidade exterior aos indivíduos, dotada de força coercitiva que, em cada momento da história, a elas se conformam.

Partindo desse pressuposto, no contexto de uma dinâmica social tão rica e diversificada em termos morais e cognitivos, o Direito deve ser concebido como um fato social, dotado de generalidade, exterioridade e força coercitiva. Não são os fatores ou as intencionalidades individuais que explicam a sociedade e o Direito. Diversamente, são os fatores sociais que explicam as condutas individuais, e elas só se tornam relevantes quando

se manifestam como estados coletivos, com formas definidas, passíveis de observação empírica, materializadas no fato social, tais como as normas jurídicas, as normas morais, os dogmas religiosos, a tradição familiar, ou quando constituem manifestações sociais estatisticamente identificáveis, como é o caso do suicídio egoísta que não resulta de ato puramente individual.

Para Durkheim (2000), os fatos sociais devem ser estudados independentemente das representações que os indivíduos constroem sobre eles, pois, em sua perspectiva, as representações individuais e concepções subjetivas não são acessíveis ao pesquisador, que não pode alcançá-las diretamente, mas somente por meio dos fenômenos que as exprimem, tais como as representações coletivas<sup>3</sup>. Para estudar os fatos sociais, primeiramente faz-se necessário defini-los objetivamente, a partir da percepção dos sinais exteriores que lhes dão visibilidade, pois logicamente não há possibilidade de analisá-los antes da indicação dos seus sinais exteriores, empiricamente observáveis, que permite ao pesquisador identificá-los. Por exemplo, sabe-se que uma conduta é “objetivamente” imoral quando da sua prática advém uma sanção repressiva difusa. Entretanto, se dela advier uma sanção penal organizada pelo Estado, “objetivamente” sabe-se que essa conduta configura um crime.

Consoante Durkheim (2000), pode-se compreender o fato social como o modo de agir e sentir, fixa ou não, com existência própria e sentido geral na extensão de uma dada sociedade, independente das manifestações individuais, que exerce coerção sobre o indivíduo. Assim, ele deve ser explicado a partir da observação de seus efeitos sociais. Há fatos sociais que apresentam contornos bem definidos, tais como as normas jurídicas, as

---

<sup>3</sup> Para Durkheim (2000) as representações coletivas são produto da acumulação e combinação de ideais, sentimentos, e sabedoria promovidas pela cooperação de uma longa série de gerações e multiplicidade de indivíduos, estendida no tempo e no espaço, constituindo uma realidade *sui generis*, infinitamente mais rica e mais complexa que a do indivíduo.

normas morais, as crenças religiosas, o sistema judiciário, financeiro, educacional, e o de comunicação, que definem coercitivamente maneiras coletivas de agir e sentir, delimitando padrões comportamentais que configuram uma realidade objetiva e externa a indivíduo.

Por conseguinte, a força coercitiva do Direito funciona como um mecanismo de preservação do sistema social. Esse mecanismo não exsurge pura e simplesmente da união de indivíduos contemporâneos em um corpo social, mas é criado com a herança cultural das gerações anteriores, que por meio de suas contribuições ajudaram a modelar o sistema social presente. Assim, quando os indivíduos nascem já encontram o Direito constituído como realidade autônoma, dotada de vida própria, com superioridade latente sobre os indivíduos, pronto para ser internalizado, por meio da socialização.

Deve-se observar, entretanto, que embora não deixe de ser exercida, nem sempre a coerção se manifesta de forma visível, com contornos bem definidos. Ela pode se ocultar nos modos de agir e sentir. Um indivíduo que, por exemplo, realiza seu trabalho com grande satisfação, cumpre prazerosamente as suas obrigações sociais de filho, marido e pai, não sente a força coercitiva que exteriormente o comprime. Dessa forma, os fatos sociais não se resumem apenas a obrigações desagradáveis que colonizam a vontade individual. Refletem, também, desejos e necessidades humanas à medida que convertem a obrigação em dever e o sacrifício em prazer. Pois, é vivendo entre outras pessoas, em meio ordenado por sistema de instituições reguladoras do comportamento coletivo que o indivíduo encontra segurança e tranquilidade para viver. Assim, ao mesmo tempo em que as instituições se impõem aos indivíduos, eles aderem aos seus comandos, e as desejam. Elas constroem, mas os indivíduos encontram vantagens em seu funcionamento e no próprio constrangimento.

## 2. Direito: símbolo expressivo da solidariedade social

Para estudar os fatos sociais faz-se necessário defini-los objetivamente, a partir da percepção dos sinais exteriores que lhes dão visibilidade. Em a Divisão do trabalho social, Durkheim (1995) demonstra que a solidariedade social é um conceito abstrato que se reflete objetivamente em um objeto concreto, definível e passível de observação empírica: o Direito.

Após identificar o sinal objetivo de expressão da solidariedade social, Durkheim (1995) classificou o direito em direito repressivo e direito restitutivo, articulando-os, respectivamente, a solidariedade mecânica e da solidariedade orgânica, cuja relação varia conforme a incidência do grau da divisão do trabalho presente na sociedade. A partir dessa elaboração, concluiu que o fator promotor das variações nas relações entre a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica é a densidade do grau da divisão do trabalho. Por conseguinte, estabeleceu a lei geral da preponderância progressiva da solidariedade orgânica sobre a solidariedade mecânica.

Com base na identificação dos sinais exteriores da solidariedade social e da classificação dos tipos de direito, Durkheim (1995) formulou sua teoria da mudança social, concebendo o Direito como símbolo expressivo da solidariedade social na sociedade urbano-industrial. Segundo o autor, embora essa lei não tenha se realizado plenamente no processo de divisão do trabalho na sociedade urbano-industrial, onde se observou a divisão anômica do trabalho, esse fato não decorre da intencionalidade da ação social dos indivíduos, grupos e instituições, mas da baixa densidade moral<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Durkheim (1995) compreende a densidade moral como à capacidade da consciência coletiva para conter a propulsão centrífuga das forças instintivas que compelem o indivíduo à transgressão da ordem normativa. Portanto, quanto maior a densidade moral de uma sociedade, maior será sua capacidade de integrar os indivíduos aos grupos e instituições, compelindo-os a se conduzirem consoante os modelos de comportamento normativamente sancionados. Na medida em que a divisão do trabalho se desenvolve impelida pelo crescimento populacional, aumento da concentração urbana e crescente especialização produtiva, intensifica-se sua relação direta com a densidade moral da sociedade. Todavia, o aumento potencial da densidade moral produzida pela divisão do trabalho, não significa,

da consciência coletiva nessa sociedade. Essa situação decorre dos desvios ocorridos no processo de divisão do trabalho que se tivesse seguido seu curso normal produziria integração moral, por meio da solidariedade orgânica. Portanto, a ordem social é intrínseca à vida em qualquer sociedade. Assim também como o individualismo que acompanhou a divisão do trabalho constitui uma necessidade intrínseca da sociedade urbano-industrial.

Para Durkheim (1995), o desenvolvimento intensivo da divisão do trabalho incide diretamente sobre a relação entre os indivíduos e a sociedade, forjando novas formas de coesão social, fundadas na preponderância da solidariedade orgânica sobre a solidariedade mecânica, permitindo ao indivíduo maior autonomia em sua autodeterminação. A intensa divisão do trabalho produziu, também, um relativo isolamento do indivíduo no processo de trabalho coletivo e enfraqueceu a coesão social. A medida que os indivíduos se recolhem em suas atividades especiais e perdem a visão de conjunto do trabalho coletivo, não percebendo a amplitude da colaboração dos que trabalham ao seu lado, no mesmo sistema de produção, reduz-se à interação entre eles, e, por consequência, inibe-se a possibilidade da constituição de um sistema de normas comuns, que fortaleça a solidariedade grupal, cujo resultado é o enfraquecimento dos laços de solidariedade social.

De acordo com o autor, na esfera do Direito, o desenvolvimento da divisão do trabalho provoca profundas alterações no sistema de regulação social, repercutindo na relação entre o direito vinculado à solidariedade mecânica e o direito vinculado à solidariedade orgânica, pois, à medida que a solidariedade orgânica prepondera progressivamente sobre

---

necessariamente, uma maior força da consciência coletiva, posto que a divisão do trabalho produz, necessariamente, o individualismo, diminuindo a “intensidade média” da consciência coletiva.

solidariedade mecânica, o direito restitutivo prepondera progressivamente sobre o direito repressivo.

Ao divergir da doutrina jusnaturalista, que concebe o ser humano dotado de direitos individuais em decorrência das características que lhe são inerentes, ou que procura encontrar na natureza das coisas, na linguagem ou na razão os elementos que fundamentam os direitos individuais, Durkheim (1995) observa que com o desenvolvimento da divisão social do trabalho, o individualismo, às garantias sociais e os direitos individuais foram ampliados e, paralelamente, o estado aumentou seu tamanho e importância, passando a interferir cada vez mais nos domínios da vida individual. Para o autor, essa evidência demonstra-se incompatível com as doutrinas que atribuem ao indivíduo direitos intrínsecos a sua condição humana, uma vez que se esses direitos são dados com o indivíduo, caberia ao estado apenas evitar que um indivíduo violasse o direito de outro. Assim, quanto mais presentes e mais respeitados os direitos individuais, menor e menos importante seria a presença do estado para garanti-los.

Ao refutar os pressupostos segundo os quais o homem é um ser naturalmente moral, portanto deve ser respeitado ou que é vivo, portanto, deve viver, Durkheim (2000) não tenciona demonstrar que o homem não deva ser respeitado, ou que não deva viver, mas apenas que, em verdade, os direitos inerentes à natureza do indivíduo são atribuídos pela sociedade e pelo estado. Por si só o indivíduo não possui direitos dados pela sua condição natural ou moral, pois estes são instituídos pelo próprio estado. Intrinsecamente o homem não é um ser dotado de valores, o que possui propriamente de humano são suas características sociais. Por conseguinte, é a sociedade que confere ao homem não apenas uma natureza diferente, mas uma natureza superior convertendo-o em um ser valioso, em um homem dotado de direitos.

Emanadas de um poder jurídico-político hierarquicamente organizado, localizado nas instituições do estado, as normas jurídicas são constituídas pela associação de preceitos e sanções claramente definidas que regulamentam os comandos normativos e as medidas sancionadoras, sob a forma de leis e códigos, facilitando a identificação da conduta juridicamente reprovada, bem como a definição da sanção a ser aplicada. Diferentemente, as demais normas sociais, emanadas das interações sociais ocorridas na família, na igreja, na fábrica, na escola entre outros espaços sociais, geram para o indivíduo um conjunto de expectativas sociais, dotadas de força coercitiva indireta, mas eficaz, cuja inobservância gera sanções com forma de manifestação variada, tais como o constrangimento sutil e o sentimento de culpa. A variedade de normas sociais revela um feixe aberto de expectativas sociais, tais como as tradições familiares e as crenças religiosas, constituídas nas menores unidades do sistema social, com vasta força coercitiva e difusa que repercute no fortalecimento da solidariedade social.

Na concepção de Durkheim (1995), o Direito constitui o elemento fundamental do processo de regulamentação da vida social na sociedade urbano-industrial, à medida que a norma jurídica se configura como o instrumento institucionalizado mais importante de controle social, visto dispor de força coercitiva para impor seu comando normativo aos indivíduos, por meio das instituições socialmente criadas para esse fim. Embora enfatize a importância do direito positivo para o ordenamento da vida social, Durkheim (1995) não deixa de fazer alusão à interdependência entre as normas jurídicas e as demais normas sociais para o fortalecimento da solidariedade social, posto ser inegável a interrelação entre o fenômeno jurídico e os demais fenômenos culturais.

Consoante Durkheim (1995), o Direito é o símbolo mais expressivo da solidariedade social por refletir uma parte significativa da vida social, à

qual se agregam tradição, costumes e valores. conseqüentemente, o Direito consubstancia-se nas principais formas de solidariedade social: a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica. Quanto maior é a participação do direito restitutivo em uma sociedade, maior é a diferenciação individual e, por conseguinte, menor é a extensão da consciência coletiva. Assim, o direito restitutivo tem como finalidade retornar a ordem original cabendo ao transgressor simplesmente reparar o dano causado, posto que o referido dano não afeta a sociedade como um todo, mas apenas uma função específica desempenhada nela. Assim, é possível dispensar a sanção penal, substituindo-a por uma sanção restitutiva em muitos casos de transgressão das normas jurídicas.

Com suas sanções repressivas, o Direito Penal constitui o símbolo de expressão da solidariedade mecânica. A prática de um crime<sup>5</sup> realiza-se como uma conduta que ofende à solidariedade social, ensejando para o transgressor a aplicação de uma sanção repressiva, proporcional ao grau de reprovação e a violação aos valores coletivos essenciais à garantia da coesão social. Nessa perspectiva, a penalização não constitui um ato de crueldade, mas um mecanismo de autoproteção do sistema social, uma vez que a sanção se destina à afirmação dos valores e os sentimentos coletivos, transcendendo, portanto, o indivíduo.

Destarte, aplicação da pena não se reduz a uma questão meramente técnica de punir o transgressor, retribuindo-lhe o mal que causou para que sirva de exemplo e a conduta não se reproduza. Em primeiro plano, a finalidade da pena é preservar a integridade dos valores coletivos protegidos por uma norma penal. Por exemplo, ao matar alguém o indivíduo deverá

---

<sup>5</sup> Partindo do pressuposto que a sociedade não é simplesmente o produto da ação e da consciência individual, posto as maneiras coletivas de agir e de pensar configuram realidade exterior aos indivíduos, Durkheim concebe o crime como fato social e desloca o foco analítico, em sua época centrado no indivíduo, para centrá-lo na sociedade, visando demonstrar que a prática de um crime não depende somente do indivíduo, mas também da imputação social. Assim, a conduta típica "matar alguém", previsto no art. 121, do CPB, poderá ou não configurar crime, dependendo da situação fática em que a conduta foi praticada.

ser punido com a pena privativa de liberdade, cuja finalidade, em primeiro plano, é preservar a integridade do bem jurídico “vida”, afirmando-o juridicamente como um valor coletivo dotado de significado expressivo para a sociedade. Pois, à medida que a vida enquanto valor coletivo é preservada, os laços de solidariedade são fortalecidos, inibindo-se, paralelamente, a banalização do homicídio.

Assim a finalidade da norma penal é, em primeiro plano, preservar a integridade da consciência coletiva, protegendo penalmente os valores dotados de expressiva significância para a sociedade e, em segundo plano, restituir a sociedade pelo mal que lhe fora causado, posto que a prática de um crime se configura como uma agressão aos sentimentos coletivos.

O direito privado e suas ramificações, tais como o Direito Civil e o Direito Comercial, constituem símbolos que expressam a solidariedade orgânica. Nesse caso, o mandamento proibitivo é acompanhado de sanções restitutivas. Diferentemente do Direito Penal que visa preservar os valores coletivos, o direito privado visa garantir a estabilidade das interações funcionais para que se desenvolvam com a intensificação da divisão do trabalho. Assim, por exemplo, se um indivíduo, com boa fé, contrai um empréstimo bancário e não consegue cumprir a obrigação de pagar a dívida, pode o credor acionar o Estado-Juiz para com seu poder soberano impor as sanções restitutivas cabíveis ao devedor.

Nesse caso, cabe a execução patrimonial do devedor para compor o débito, posto que a finalidade da sanção restitutiva é ordenar e garantir a estabilidade jurídica das relações constituídas na sociedade e viabilizar o seu aperfeiçoamento. Pois, à medida que um indivíduo contrai empréstimo, não paga e não sofre quaisquer sanções, outros farão o mesmo e o sistema financeiro, bem como a sociedade em sua totalidade, não se desenvolverão face a ausência de segurança jurídica.

Assim, percebe-se nitidamente a diferença entre as sanções repressivas e repressivas. Se um indivíduo contrai empréstimo bancário e não paga seu débito, esse fato não tem grande repercussão na sociedade, nem afeta significativamente a coletividade, provocando a repulsa coletiva imediata. Nesse caso pode-se manifestar da seguinte forma: o que eu tenho a ver com isso?! A dívida não é minha, o executado não sou eu, dane-se!

No entanto, possivelmente o indivíduo assumiria postura diferente ao saber, por exemplo, que uma filha bem assistida pelos pais, estudante de nível superior, possuindo padrão de vida elevado, planeja e mata cruelmente os genitores, sem lhes dar chance de defesa, com a finalidade antecipar a sucessão patrimonial. Um fato dessa natureza desencadeia imediatamente uma sensação de repulsa e indignação geral na sociedade. Mesmo sem se conhecer pessoalmente a executora e as vítimas, ou se manter qualquer tipo de relacionamento com elas, morar em outra cidade, esse fato desperta imensa sensação de repulsa e indignação. Nesse caso, a aplicação de uma pena rigorosa transcende pessoalmente a transgressora, pois sua finalidade primordial não é propriamente puni-la, mas preservar os valores coletivos de expressivo significado, tais como “a vida”, “a reverência ao pai”, “a reverência à mãe” e “o dever de filho”. Nessa perspectiva, o direito assemelha-se à ponta de um *iceberg*, que em suas profundezas revela uma estrutura viva e complexa: a solidariedade social.

### **Breves considerações**

Indubitavelmente as contribuições de Marx e Durkheim são importantes para a compreensão do Direito Positivo na sociedade contemporânea. Entretanto, os estudos de natureza histórico-sociológica que analisam a sociedade brasileira contemporânea revelam a coexistência de ordens normativas formais e informais resultantes de interações

sociais, fundadas em uma lógica particular, produzidas nos diversos espaços sociais.

Nesse sentido, destaca-se que, na sociedade brasileira, o Direito enquanto instrumento de dominação racional legal, empregado para impor uma disciplina normativa sobre as camadas subalternas da sociedade, vistas como fatores potenciais de eclosão da desordem, converteu-se em um instrumento de dominação puramente repressivo.

Segundo esse autor, o “mundo dos deveres e obrigações”, materializados na imposição da obediência aos rígidos comandos normativos, chega às classes populares, essencialmente, através da repressão e da violência policial. Já o “mundo dos direitos” chega, em geral, mediado por relações pessoais, através do clientelismo e do personalismo, justapondo, portanto, os modernos conceitos de normatividade jurídica e as noções clientelistas de normatividade tradicionalmente construídas no processo de formação histórica da sociedade brasileira.

Nesse sentido, os administradores das organizações do Estado, instituídas sob fundamento jurídico, ao estabelecerem relações com os diversos segmentos da sociedade, permitem que se estabeleçam relações fundadas em uma normatividade extrajurídica e clientelista. Dessa forma, o rigor da norma jurídica é aplicado na realidade social somente quando há conveniência. A aplicação relativa dos preceitos jurídicos produz na sociedade brasileira uma segmentação permitindo que determinados cidadãos não só dispor dos favores da lei, mas também burlar e sobrepor-se a ela.

Esse quadro manifesta-se como indicativo da constituição de um tipo de pluralismo normativo, onde as normas jurídicas são operadas constantemente em interação com as normas extrajurídicas, que fundam as relações clientelistas e personalistas na sociedade brasileira. Nesse sentido, cabe ressaltar que é justamente esse tipo de pluralismo que orienta as relações que se desenvolvem entre os segmentos mais pobres da população

e o Estado, definindo, portanto, não só a perversão do ordenamento jurídico, mas também, os contornos do próprio mundo da “ordem jurídica”. Assim, as relações jurídicas e políticas estabelecidas entre os segmentos empobrecidos da sociedade e o Estado, na sociedade brasileira são estruturadas a partir de dois princípios fundamentais intimamente relacionados: a repressão e clientelismo.

Nesse cenário, a reflexão sobre os aspectos sociojurídico da realidade brasileira aponta para um pluralismo normativo, resultado de um ordenamento jurídico incapaz de se realizar eficazmente face à sua subordinação às normas extrajurídicas que instituem na sociedade a cultura do favor e do privilégio, contrariando, portanto, a cultura dos direitos e dos deveres dos cidadãos, conforme prefigurado na Constituição Federal.

Desse modo, o Direito enquanto instrumento de dominação se articula a ideia de Direito enquanto instrumento de integração tornando-se, assim, um elemento que promove muito mais a exclusão social que a integração. Nesse aspecto, faz-se relevante observar que a perversão do ordenamento jurídico não decorre propriamente da letra da lei, mas do seu uso e de sua aplicação relativa, associada aos interesses clientelistas ou personalistas. É a associação desses e outros fatores que compõem a particularidade do processo de formação social, política e jurídica da sociedade brasileira que tornam a questão do direito como mecanismo de integração ou exclusão social um problema demasiadamente complexo para ser explicado exclusivamente a luz das concepções clássicas elaboradas por Marx e Durkheim.

Evidente que isso não significa dizer que essas abordagens não sejam relevantes para a compreensão do Direito na sociedade brasileira. Ao contrário, permitem deslocar a análise do Direito da esfera dogmática para recolocá-la na esfera sociológica, redimensionado, portanto, a compreensão do Direito. Ademais, cabe observar que todo o sistema de racionalidade

jurídico-positivo constituído no Brasil assenta-se fundamentalmente na concepção social de Durkheim.

### **Referência**

DURKHEIM, Emile. As regras do método sociológico. São Paulo, Ed. Martin Claret, 2000.

\_\_\_\_\_. Durkheim. São Paulo: Ática, 1995. (Coleção Grandes Cientistas).

\_\_\_\_\_. Durkheim. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção Os Pensadores).

MARX, Karl. Contribuição à Crítica da Economia Política. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

\_\_\_\_\_. Karl Marx. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores.)

KOSIK, Karel. A dialética do concreto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

## Reflexões sobre a relação entre o sujeito de desejo e o sujeito processual em um caso de partilha de bens

Clarissa Ribeiro Vicente <sup>1</sup>

*“Trocando em miúdos/ pode guardar/ as sobras de tudo o que chamam lar/  
as sombras de tudo o que fomos nós/ as marcas de amor nos nossos lençóis/  
as nossas melhores lembranças/ [...] devolva o Neruda que você me tomou/ e  
nunca leu.”*

(“Trocando em miúdos”, Chico Buarque)

*“O intangível se tornava sólido, o visionário ganhava corpo, o privado virava  
público; quando a paz se torna guerra, quando o amor vira ódio, algo nasce  
para o mundo, uma força de pura mortalidade.”*

(“Esboço”, Rachel Cusk)

### Introdução

Na obra de ficção literária “Esboço”, a escritora Rachel Cusk navega pelas narrativas sobre relacionamentos amorosos: o que une um casal, o que o separa, o que resta no fim do amor? Em certa passagem da obra, a reflexão sobre um possível caminho para a judicialização da contenda de um ex-casal ilustra a problemática que se pretende desenvolver neste artigo:

Eles estavam lutando para se libertar um do outro, mas apesar disso a última coisa que conseguiam fazer era deixar o outro em paz. Brigavam por tudo,

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Candidata a psicanalista pelo Círculo Psicanalítico do Pará (CPPA). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA).

disputavam a posse dos objetos mais insignificantes, ficavam enfurecidos com as mais ínfimas nuances do discurso e quando finalmente ficavam enlouquecidos pelos detalhes partiam para a violência física, batiam um no outro e se arranhavam; o que naturalmente os levava de volta à loucura dos detalhes outra vez, pois a violência física acarreta os demorados processos da justiça e da lei. A história de quem tinha feito o que com quem precisava ser contada, e as questões da culpa e da punição precisavam ser estabelecidas, embora isso tampouco jamais os deixasse satisfeitos; na verdade, piorava ainda mais as coisas, pois parecia prometer uma solução que nunca chegava. Quanto mais os pormenores eram especificados, maior e mais real se tornava a sua briga. Cada um deles desejava mais do que tudo ser declarado certo, e o outro errado, mas era impossível atribuir culpa de modo completo a qualquer um deles.<sup>2</sup>

Para Freud, os escritores de ficção estão à frente das descobertas científicas no conhecimento da subjetividade porque utilizam fontes que a ciência desconhece<sup>3</sup>. Ele apontou a fantasia e o desejo inconsciente como as fontes adotadas pelos escritores. Através das obras de ficção, o ser humano pode vivenciar os seus conflitos psíquicos de modo prazeroso, sem vergonha ou censura<sup>4</sup>. O trecho da obra de Cusk, citado acima, expressa a temática de um conflito subjetivo que antecede o ajuizamento de um processo judicial. Há um sujeito, ou dois sujeitos, que desejam e atuam no mundo antes de se transformarem em sujeitos processuais. Antes do autor e do réu, da petição inicial, da contestação, da réplica, do saneamento, das audiências, das alegações finais, da sentença e dos recursos há sujeitos desejantes, cujas faltas e demandas são formatadas para a gramática jurídica e levadas ao Poder Judiciário.

---

<sup>2</sup> CUSK, Rachel. *Esboço*. Trad.: Fernanda Abreu. São Paulo: Todavia, 2019, l. 56.

<sup>3</sup> FREUD, Sigmund. Os delírios e os sonhos na *Gradiva* de W. Jensen. *Obras Completas, volume 8*. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

<sup>4</sup> FREUD, Sigmund. O escritor e a fantasia. *Obras Completas, volume 8*. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

Neste trabalho, pretende-se refletir quais são as demandas do sujeito desejante que levam as partes a buscar o Poder Judiciário e a se transformar em sujeitos processuais. Qual o papel do Poder Judiciário no conflito? O sujeito processual consegue abarcar a demanda do sujeito do desejo?

Cada processo é ajuizado a partir de uma demanda específica. O caminho deste artigo se afasta de uma resposta genérica sobre o que leva um sujeito a judicializar o seu conflito e se volta para as fantasias e para o desejo inconsciente da parte em relação à demanda judicial. Para enfrentar a questão proposta, será realizado estudo de caso em um processo de partilha de bens após o divórcio, mais especificamente da demanda que a ré apresenta em audiência de conciliação e em posterior visita ao Fórum para consultar o processo. A primeira parte deste artigo consiste na apresentação do caso e na exposição de pontos da fala da requerida.

A segunda parte do trabalho se volta para as reflexões acerca dessa mulher enquanto sujeito desejante. O que, na fala dela, revela a demanda que precede e que escapa ao sujeito processual? O referencial teórico para trilhar o circuito do desejo no caso apresentado é o estudo sobre as relações objetais em Sigmund Freud. A psicanálise, para além da teoria, traz a escuta como um dispositivo que auxilia o acesso ao sujeito do desejo a partir de elementos na fala da requerida durante a audiência de conciliação e durante a visita ao Fórum para consultar o andamento processual.

Na terceira parte do artigo, questiona-se qual o papel do Estado, a partir da atuação do Poder Judiciário e dos seus agentes (magistrados e servidores), no conflito de partilha de bens judicializado. Apresentam-se diferentes perspectivas sobre resolução de conflitos em âmbito judicial e o modo como cada perspectiva impacta a relação entre o sujeito do processo e o sujeito do desejo, bem como a relação entre as partes que levam o seu conflito privado à esfera pública para que um terceiro (Estado) solucione.

## 1 “Meu bem, meus bens”: por quais bens as partes litigam em uma ação de partilha?

O artigo 1.581 do Código Civil brasileiro dispõe que o divórcio pode ser decretado independente da realização da partilha de bens do casal<sup>5</sup>. Os processos de divórcio ou de dissolução de união estável tramitam nas Varas de Família, que podem sentenciar sobre a dissolução do vínculo jurídico do casal antes da partilha dos bens. O Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA) consolidou o entendimento jurisprudencial de que, após a decretação do divórcio ou da dissolução da união estável e, conforme o caso, da decisão sobre os alimentos, o processo tramitará em Vara Cível para o julgamento da partilha dos bens<sup>6</sup>. Segundo entendimento do Tribunal, não há mais relação familiar após o divórcio, permanecendo apenas o vínculo patrimonial.

O caso estudado neste artigo coloca em questão o entendimento do TJ/PA quanto à competência das Varas Cíveis para processar e julgar as ações de partilha de bens após o divórcio. Ainda que a sociedade conjugal não exista mais no plano jurídico, os bens a partilhar foram constituídos ao longo dos anos de convivência familiar. O caráter *performativo*<sup>7</sup> da sentença de divórcio ou de dissolução de união estável não apaga o ressentimento, o ódio, os traumas decorrentes de violências físicas e psíquicas e outros rastros da relação que impossibilitam as partes de acordarem extrajudicialmente no que se refere à partilha dos bens. Se os ex-cônjuges buscam o Poder Judiciário para decidir quanto à divisão dos bens é porque a comunicação falhou. A falha na comunicação é um dos sintomas do fim da relação, quando um mundo compartilhado (mundo de

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

<sup>6</sup> Vide TJ-PA-CC: 00526605220158140301 BELÉM, Relator: GLEIDE PEREIRA DE MOURA, Data de Publicação: 04/04/2019.

<sup>7</sup> Discurso dotado de autoridade que gera efeitos na ordem social.

afetos, filhos, interesses, carros, casas, conta conjunta, viagens, projetos, expectativas...) deixa de existir.

No caso a ser estudado, João e Maria<sup>8</sup> permaneceram casados em regime de comunhão parcial de bens por quase dezesseis anos. Eles não tiveram filhos. Em 2010, João saiu do apartamento e houve a separação de fato. Em 2017, João ajuizou ação de divórcio litigioso com pedido de partilha de bens. Maria, ré no processo, concordou com o divórcio, mas requereu a permanência do nome de casada. Ela questionou a partilha de bens do casal e requereu a propriedade exclusiva do bem sob alegação de que João abandonou o lar em 2010. O apartamento foi adquirido na constância do casamento e Maria continua a habitá-lo.

A sentença de decretação do divórcio foi proferida em 2017 em Vara de Família, na qual o processo tramitou até 2020, quando foi redistribuído para Vara Cível por decisão na qual o Juízo da Vara de Família se declarou incompetente para julgar a partilha dos bens. Após o recebimento do processo na Vara Cível, houve a designação de audiência de conciliação entre as partes com base nas diretrizes do Código de Processo Civil e do Conselho Nacional de Justiça. O Código de Processo Civil de 2015 prevê o incentivo à solução consensual de conflitos no âmbito do Poder Judiciário (artigo 3º, §§2º e 3º). A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça dispõe que os magistrados devem buscar meios alternativos de solução da controvérsia judicial antes de proferir sentença. O CNJ indica o CPC/2015 (artigo 334) e a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) como fundamentos legais a serem observados pelo magistrado no decorrer do processo.

A audiência foi conduzida por conciliadora. As partes entraram na sala de audiências com as suas respectivas advogadas. Durante a fase do *rapport*, na qual a conciliadora recebe as partes, apresenta-se, explica os

---

<sup>8</sup> Os nomes foram alterados para preservar a identidade das partes, ainda que se trate de processo que não corre sob o segredo de justiça.

objetivos e diretrizes da audiência e constitui vínculo de confiança com as partes, foi perguntado a cada uma como chegou à audiência. Maria, sujeito deste estudo de caso, relatou cansaço por subir as escadas e apresentou queixas acerca da sua condição de saúde. Relatou o desenvolvimento de estado de ansiedade durante a pandemia de COVID-19 e dificuldades para sair de casa.

A conciliadora perguntou às partes como estava a relação entre eles. Ambos afirmaram que era boa e que conseguiam se comunicar. Maria contou que a sua sobrinha viu João recentemente em supermercado e que a sobrinha se queixou que ele não a cumprimentou. João disse que não a avistou, mas que teria cumprimentado. Maria respondeu que explicou à sobrinha que João não a encontrava desde a infância e que não teria como reconhecê-la. O tom de Maria era cordial, mas João, também cordial, entrou em posição defensiva, reafirmando que não avistou a sobrinha de Maria.

Maria seguiu da história da sobrinha para a narrativa de eventos do passado do casal. Ela disse que tentou se divorciar de João amigavelmente antes do ajuizamento da ação de divórcio litigioso, mas ele não teria assinado o divórcio e teria afirmado que só se divorciaria quando *ele* quisesse. Ela se mostrou ofendida porque João iniciou o divórcio litigioso. O seu tom mudou de cordial para acusador.

Maria, ora olhando para João, ora buscando o olhar da conciliadora, falou que João levou uma amante para o apartamento no qual o ex-casal coabitava. Disse que, quando ele foi embora, levou objetos da casa, como o *grill* e a garrafa de café, objetos dos quais ela ainda sentia falta.

Maria afirmou que João prometeu nunca retirá-la da condição de dependente no plano de saúde e que, na constância da união, ele teria prometido que ela ficaria com o apartamento se um dia eles se divorciassem. Maria abriu uma bolsa, que carregava junto ao corpo desde o ingresso

na sala de audiências, e retirou uma pasta na qual constavam diversos documentos referentes a contas de energia, água e demais despesas do apartamento, bem como a uma cuidadosa documentação da vida desfeita do casal.

Maria recordou de quando João a pediu em casamento. Disse que ainda encontra, espalhados em diferentes lugares do apartamento, os bilhetes que ele escreveu para ela quando ainda eram casados. Maria começou a chorar e a elevar a voz. A conciliadora tentou interrompê-la. Maria segurou a mão da conciliadora, que perguntou a Maria se era importante continuar com o relato. Maria respondeu afirmativamente e voltou a falar sobre a relação extraconjugal de João.

João se manifestou pontualmente ao longo da fala de Maria. Usou mais de uma vez a frase “não foi assim” e pediu desculpas à conciliadora pelo comportamento de Maria, afirmando que ela é “emotiva”. Após encerrar o seu relato, Maria também pediu desculpas à conciliadora.

A conciliadora perguntou às partes sobre a possibilidade de acordo em relação à venda do apartamento. João apresentou a proposta de ficar com 40% do valor da venda e Maria ficar com 60%. A advogada de Maria se manifestou pela impossibilidade de acordo entre as partes e pediu para conversar de modo privado com a sua cliente. Maria e a sua advogada se retiraram da sala de audiências.

A conciliadora ouviu João que, mais uma vez, se desculpou pela “emotividade” de Maria. Ele disse que Maria sempre falava de uma suposta amante, mas que ele nunca teve uma amante porque o caso extraconjugal foi pontual. João confirmou que houve uma tentativa de divórcio anterior à judicialização litigiosa, mas que ele não concordou com um *detalhe* e não quis assinar. João não nomeou o detalhe que impossibilitou a dissolução consensual do casamento.

A conciliadora explicou a João que não era objetivo da audiência encontrar um culpado para o fim da relação. A conciliadora e a advogada de João sugeriram a ele que fizesse um pedido de desculpas a Maria caso se sentisse à vontade para fazê-lo, pois, independente do resultado do processo ou da possibilidade de acordo, seria um modo de restabelecer o diálogo entre as partes.

Maria retornou à sala de audiências e a sua advogada confirmou a impossibilidade de acordo. Antes do encerramento, João se dirigiu à Maria e disse que ela foi muito importante na vida dele e que ele pedia desculpas se a magoou de algum modo. As partes concordaram com o pedido de julgamento antecipado do mérito e o processo permaneceu em gabinete aguardando sentença, a ser proferida pelo magistrado/Estado.

Algumas semanas após a audiência de conciliação, Maria retornou ao Fórum para consultar o andamento do processo de partilha. Ao ser atendida pela servidora no gabinete, Maria disse que há tempos não procurava informações sobre o processo, mas que, após a audiência de conciliação, retomou o interesse e esperava que a sentença não demorasse. Maria falou que estava animada porque conseguiu um emprego e que iniciaria o novo trabalho naquela mesma semana. Contou que começou a trabalhar muito jovem, que sempre estava bem arrumada. Relembrou quando João a pediu em casamento. Disse que ele a tirou da casa dos seus pais, onde ela era bem tratada. Pontuou que a família dela não a apoiou quando ela descobriu o relacionamento extraconjugal de João, pois eles não acreditavam nela. Afirmou que, depois, eles pediram desculpas a Maria. Ela falou novamente dos objetos que João levou quando saiu de casa (o *grill*, a garrafa de café...) e que ainda sentia falta dos objetos. Ela enunciou o aguardo pela sentença e a esperança de ficar com o apartamento. Falou mais, uma vez, da pasta com todas as contas e documentos referentes à vida conjugal e ao apartamento. Antes de se despedir, Maria disse que ligaria para saber

informações sobre o processo, pois o horário do novo emprego seria incompatível com o horário de funcionamento do Fórum, o que a impossibilitaria de retornar pessoalmente.

O processo de João e Maria ainda não foi sentenciado. Contudo, em análise superficial do caso, há uma solução aparentemente simples: vender o apartamento e dividir o valor igualmente entre as partes, visto que o bem foi constituído durante o matrimônio e o regime adotado pelo casal é o de comunhão parcial de bens. João propôs um acordo vantajoso para Maria: ela ficaria com 60% do valor da venda, mas ela não aceitou.

A recusa da oferta de João e a impossibilidade de resolução consensual do conflito indica que o bem em questão não é o apartamento, mas outros bens que não estão nomeados nos autos processuais, que não aparecem na gramática do sujeito processual, mas que se manifestaram em audiência. Trata-se de bens que dizem respeito ao patrimônio simbólico e ao desejo inconsciente. A que Maria se referiu quando afirmou, no começo da audiência de conciliação, que tinha dificuldade de sair de casa? Foi unicamente o relato de uma experiência de ansiedade decorrente da pandemia ou, em uma escuta mais atenta, a dificuldade de sair de casa tem associação com a relação que se desfez? Que vazio é esse que foi deixado quando João saiu de casa e levou objetos sem grande valor monetário, como o *grill* e a garrafa de café? Por que, mais de dez anos após a separação de fato, Maria ainda sente falta desses objetos? Qual a relação entre o relato do encontro da sobrinha de Maria com João no supermercado e o fato de ele não a reconhecer e não a cumprimentar com as lembranças que Maria evoca da relação extraconjugal de João, dos objetos levados no momento da separação, dos bilhetes encontrados pela casa? O que implicou para Maria a judicialização litigiosa do divórcio após a recusa de João de acordar extrajudicialmente a dissolução do matrimônio?

A resposta para essas perguntas não se encontra no ordenamento jurídico ou nas decisões dos tribunais. São questões que dizem respeito à subjetividade e às demandas que antecedem e que perpassam a relação processual. O estudo a subjetividade na relação do Eu com os objetos em Freud oferece uma chave interpretativa para o sujeito do desejo que se enuncia na fala de Maria.

## **2 “O caráter do eu é um precipitado dos investimentos objetais abandonados”<sup>9</sup>: a relação entre o eu e o objeto perdido**

Em “O mal-estar na cultura”, Freud afirma que nunca somos tão feliz como quando amamos e somos amados, mas que nunca estamos tão desprotegidos, desamparados e infelizes como quando perdemos o objeto amado ou o seu amor<sup>10</sup>. O que ocorre na subjetividade daquele que perde o seu objeto de amor? Por que fica desprotegido e desamparado? Ao retornar para o estudo de caso apresentado acima, por que Maria, mais de dez anos após o fim do relacionamento com João, narra a falta dos objetos que se foram quando ele saiu de casa, os eventos que acarretaram o começo e o fim da relação como se tivessem acontecido há pouco tempo?

A literatura ficcional, mais uma vez, pode atuar como fio condutor da trama que permeia o fim de um relacionamento. No poema “Ausência”, Carlos Drummond de Andrade se afasta da noção de que a ausência implica em falta: “A ausência é um estar em mim”<sup>11</sup>. A poesia se aproxima do estudo da subjetividade. O texto de Drummond encontra eco na teoria

---

<sup>9</sup> FREUD, Sigmund. O Eu e o Id. *Obras Completas, volume 16*. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

<sup>10</sup> FREUD, Sigmund. *O mal-estar na cultura*. Trad.: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2016.

<sup>11</sup> Por muito tempo achei que a ausência é falta/ E lastimava, ignorante, a falta./ Hoje não a lastimo./ Não há falta na ausência./ A ausência é um estar em mim./ E sinto-a, branca, tão pegada, aconchegada nos meus braços,/ que rio e danço e invento exclamações alegres,/ porque a ausência, essa ausência assimilada,/ ninguém a rouba mais de mim. (“Ausência”, Carlos Drummond de Andrade. Disponível em: <[https://www2.unicentro.br/pet-lettras/2017/07/05/ausencia-carlos-drummond-de-andrade/?doing\\_wp\\_cron=1639320103.6302049160003662109375](https://www2.unicentro.br/pet-lettras/2017/07/05/ausencia-carlos-drummond-de-andrade/?doing_wp_cron=1639320103.6302049160003662109375)>. Acesso em: 11 de dezembro de 2021.)

freudiana. Para Freud, o Eu é constituído pelos objetos que foram perdidos ao longo da vida<sup>12</sup>. A ausência, portanto, é concreta, constitutiva, ocupa espaço e deve ser assimilada como aquilo que se incorpora ao sujeito. A demanda de Maria não diz respeito a objetos que faltam na casa, mas à ausência de um objeto perdido que ela incorporou em sua subjetividade. Os objetos da casa estão simbolicamente vinculados ao objeto amoroso e à relação que se desfez.

Freud aponta que há investimento inicial da libido no Eu. No começo da vida, a energia está voltada para o próprio sujeito, o que constitui o narcisismo. A relação dos pais com os filhos confirma o narcisismo primário. O amor dos genitores pelo bebê expressa o seu narcisismo: a criança afasta a imortalidade do Eu, é perfeita, realizará todos os sonhos dos pais, a ela não se aplicam as leis naturais ou sociais com os quais o narcisismo paterno teve que lidar, é “vossa majestade o bebê”<sup>13</sup>.

Posteriormente, parte desse investimento é deslocado para os objetos. Quanto mais intensa a libido do Eu, mais fraca a de objeto e vice-versa. A distinção entre as libidos (ou energias) só é possível quando surge o investimento objetal. O que a psicanálise denomina “objeto” é esse outro que desperta o interesse, para que o Eu volta a sua energia. O enamoramento é um investimento no objeto. O encontro com o objeto é sempre um reencontro, pois a relação com os pais e com o narcisismo infantil são os modelos a partir dos quais o objeto amoroso é inconscientemente escolhido.

Para Freud<sup>14</sup>, as primeiras satisfações dos impulsos do Eu são autoeróticas. Posteriormente, a mãe/figura de cuidado se torna o objeto dos

---

<sup>12</sup> FREUD, Sigmund. O Eu e o Id. *Obras Completas, volume 16*. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

<sup>13</sup> FREUD, Sigmund. Introdução ao narcisismo. *Obras Completas, volume 12*. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

investimentos amorosos (“apoio”). O ser humano tem, portanto, dois objetos: ele mesmo e a pessoa que o cria. Freud aponta como característica do homem o amor objetal completo: o seu modelo é a nutriz. A mulher, para Freud, caracteristicamente tem o amor narcísico. Necessita antes ser amada do que amar. Contudo, tais modelos para a escolha do objeto não são fixos, e sim apresentados de modo didático para ilustrar as possibilidades na escolha do objeto amoroso.

Amor narcísico: a) ama a si mesmo; b) ama o que um dia foi; c) ama o que gostaria de ser; d) ama a pessoa que foi parte de si [filho].

Amor conforme o “apoio”: a) ama a mulher nutriz; b) ama o homem protetor.

Com o transbordamento da libido do Eu para a libido de objeto ocorre o apaixonar-se. O objeto é idealizado em relação ao Eu ideal: busca aquilo que o Eu perdeu ou o mérito desejado que ele nunca teve. É uma escolha narcísica do objeto que promove a cura pelo amor e o problema da dependência em relação ao amado. O que acontece com o afeto/energia destinada ao objeto quando ele vai embora?

Segundo Freud, o afeto encontra novos destinos. Um dos destinos possíveis é a transformação da pulsão<sup>15</sup> em seu contrário: o amor se transforma em ódio, o mais significativo exemplo de ambivalência afetiva<sup>16</sup>. Amor e ódio compõem um par de opostos no qual cada um dos elementos tem uma origem diversa, sob a influência da relação prazer-desprazer. Prazer e desprazer tem que ver com as relações do Eu com o objeto. Quando o objeto causa prazer, é amado e incorporado. Quando o objeto causa desprazer, é repugnado, odiado e surge a propensão a aniquilá-lo.

---

<sup>15</sup> A pulsão é estímulo interno à psique e atua como força constante. Não se foge da pulsão. Ela precisa ser satisfeita, o que ocorre através de um objeto. A pulsão é um conceito limite entre o psíquico e o orgânico. É o que impulsiona, o que pressiona o organismo para determinado objetivo. A pulsão é composta por representação e afeto (energia).

<sup>16</sup> FREUD, Sigmund. *Os instintos e seus destinos*. Obras Completas, volume 12. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

A origem do amor é narcísica e se relaciona à capacidade de satisfação autoerótica. Posteriormente, se relaciona à busca por satisfação através dos objetos incorporados ao Eu. O amor se vincula às pulsões sexuais e passa por estágios. No primeiro, amar é devorar ou incorporar, onde não há separação do objeto. Durante a fase sádico-anal, o objeto é buscado para ser apoderado. Há forte ambivalência e o amor pouco se distingue do ódio. Com a organização genital, amor é diferenciado.

Para Freud, o ódio é mais antigo do que o amor na relação com o objeto, pois decorre da rejeição aos estímulos do mundo externo. Relaciona-se intimamente às pulsões de conservação, assim como o amor se relaciona às pulsões sexuais. Quando pulsões do Eu dominam as sexuais, como na fase sádico-anal, a meta sexual apresenta características do ódio.

O amor normalmente surge como ambivalente, ou seja, acompanhado pelo ódio. A razão, em parte, é a ausência de superação das fases preliminares do amor e, em parte, a reação à rejeição das pulsões do Eu frente aos interesses do amor. O término de uma relação amorosa leva, frequentemente, à regressão ao estágio sádico, no qual odiar tem caráter erótico. Deste modo, a relação se perpetua.

A hipótese freudiana de que o ódio é um modo de perpetuar a relação com o objeto amoroso auxilia a compreensão da fala de Maria na audiência de conciliação. Enquanto João parece desinvestido do relacionamento, Maria ainda se mantém conectada a João. Ela relembra eventos ocorridos ao longo do casamento e guarda um minucioso acervo documental referente ao vínculo com o ex-cônjuge. A dificuldade que Maria relata em sair de casa vai além do espaço físico, mas se estende à dificuldade de sair da relação. A manifestação da associação inconsciente da casa-casamento é evidenciada quando, poucas semanas após a audiência de conciliação, Maria vai ao Fórum espontaneamente e demonstra alegria por conseguir um

novo emprego. Voltar a trabalhar, conseqüentemente, fará com que ela saia de casa.

O processo de sair de casa também pode ser entendido como o trabalho necessário ao luto da perda do objeto. Em “Luto e Melancolia”<sup>17</sup>, Freud aponta que o luto é a reação à perda de uma pessoa amada. O mundo externo se torna desinteressante, assim como toda atividade que não diga respeito ao objeto amado. O investimento afetivo continua, por certo período, vinculado à fantasia do objeto. Posteriormente, o investimento retorna para o Eu, onde o objeto é incorporado.

A substituição do investimento objetal pela identificação não ocorre apenas na melancolia ou no luto, mas participa da configuração e da formação do caráter do Eu. Na fase oral, a identificação e o investimento objetal equivalem. Mais tarde, os investimentos vêm das pulsões eróticas do Isso. O Eu, frágil no início, aceita ou afasta os objetos pela repressão. O abandono dos objetos, como na melancolia ou no luto, modifica o Eu na medida em que se identifica com o objeto abandonado. É preciso devorar o objeto (retorno à fase oral) para abandoná-lo. Para os primitivos, a característica do alimento persiste naquele que come. Ao se identificar com o objeto perdido, o Eu se submete às experiências de amor do Isso. O caráter do Eu contém a história desses objetos que foram escolhidos e abandonados. Também pode ocorrer modificação do Eu antes do abandono do objeto: investimento objetal e identificação simultâneos<sup>18</sup>.

Na medida em que o objeto é incorporado ao Eu, em uma espécie de ritual antropofágico, o inconsciente devolve para o Eu o investimento que destinou à pessoa amada. Quando o destino do afeto vai do amor para o

---

<sup>17</sup> FREUD, Sigmund. *Luto e melancolia*. Obras Completas, volume 12. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>18</sup> FREUD, Sigmund. O Eu e o Id. *Obras Completas, volume 16*. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ódio, pode transitar em um ódio ao objeto que se torna ódio a si próprio a partir da identificação com o objeto perdido.

Maria apresenta movimentos inconscientes de manutenção da relação através do ódio, que aparecem na intensidade da sua fala em audiência e na lembrança de que ela costumava se cuidar da aparência, o que implica em enunciar um movimento que já não ocorre - como uma autopunição. A manutenção do sobrenome de casada, nome que vem de João, é uma exigência que desvela o desejo de permanecer conectada a objeto. A permanência da relação afetiva com João se manifesta na sobrevivência do investimento ao decurso do tempo e na impossibilidade de resolução consensual da partilha de bens. Partilhar os bens é encerrar o último vínculo material que une João a Maria, por mais doloroso e dispendioso que seja o processo. O Estado ingressa na relação como o terceiro para o qual as partes transformam o “queixar-se em dar queixa”, pois as ofensas advindas do objeto amado levam à constelação psíquica da revolta<sup>19</sup>.

### **3 “Queixar-se é dar queixa”<sup>20</sup>: o sujeito processual na partilha de bens**

O fim de um relacionamento leva ao processo de elaboração do luto em decorrência da perda da pessoa amada. O trabalho do luto não é simples; exige demasiado esforço psíquico e demanda um tempo que não se dá de modo igual para os sujeitos que compuseram a relação desfeita. O inconsciente não atua no tempo lógico e linear dos calendários, tampouco tem a noção espacial<sup>21</sup>. É o funcionamento próprio do inconsciente que explica o quanto Maria, mais de dez anos após a separação de corpos, narra

---

<sup>19</sup> FREUD, Sigmund. *Luto e melancolia*. Obras Completas, volume 12. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> PLASTINO, Carlos Alberto. *O primado da afetividade: a crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

os eventos de sua relação com João como a intensidade do momento presente. A constelação psíquica da revolta ainda não se desfez e o “queixar-se” é transformado em “dar queixa”. Dar queixa para quem? A partir do momento no qual não é possível nomear a queixa do desejo inconsciente, o sujeito processual vem dar forma a uma demanda, na tentativa de nomeá-la e, talvez, de elaborá-la por caminhos externos.

No caso de João e de Maria, o sujeito processual se forma como uma ofensa. O casal tentou se divorciar extrajudicialmente, de modo consensual, mas foi João, por um detalhe que não é explicado em audiência ou nos autos processuais, quem se recusa a assinar os papéis. O que poderia ser uma decisão dos dois, colocando tanto João como Maria na posição de sujeitos ativos do seu desejo, termina em uma ação litigiosa. Maria fala com sofrimento que João disse que só se separaria quando ele quisesse. O sujeito processual esvazia a potência de Maria e a sua possibilidade de escolha. É João quem torna pública a dor privada do fim do amor.

O Poder Judiciário, acionado por João, torna-se palco para que as partes, através das máscaras dos sujeitos processuais que demandam o juiz, encontrem a confirmação da sua inocência e da culpa do outro. O Estado aparece como a testemunha final, que encerra a relação formalmente e é chamada para instaurar a paz/pacificação, que não necessariamente advirá da sentença.

O Estado é convidado a intervir em um conflito privado quando os sujeitos desejanter não dão conta das exigências do desejo inconsciente e a comunicação falha. Como explica Cláudia Suannes, há uma angústia que não é suficiente para buscar ajuda psicológica, mas que insere um terceiro que intervém com função regulatória.

Este terceiro, como se sabe, é a autoridade judiciária que só age quando provocada e a provocação se dá quando um conflito (intrap síquico ou subjetivo) não é resolvido por seus partícipes e transforma-se em demanda jurídica.

Desse modo, aquilo que é vivido pelo sujeito como conflito interno ou relacional é transformado em conflito de interesses que, como tal, será processado por meio dos dispositivos do campo do Direito.<sup>22</sup>

O Estado é convocado a exercer função regulatória em termos hobbesianos. As partes do conflito subjetivo (ou intrapsíquico) não conseguem resolvê-lo de modo consensual e entram em estado de guerra. O Poder Judiciário, na figura do juiz, solucionará o conflito <sup>23</sup>a partir de uma perspectiva externa, distanciada e supostamente imparcial. A decisão do Estado tem força coercitiva, obriga as partes a abrirem mão das suas vontades e da sua condição de sujeitos atuantes no conflito através do desejo para se tornarem sujeitos processuais com interesses formatados à gramática jurídica.

A princípio, porém, a sentença não dá conta da complexidade do conflito que permeia e antecede a relação processual. Conforme apresentado anteriormente, há um trabalho do luto a ser feito no final de uma relação. O caráter *performativo* do pronunciamento judicial altera a forma (casamento/divórcio), mas não dá conta das demandas intrapsíquicas ou dos bens que estão em jogo no processo de partilha.

Quando as partes são intimadas para comparecer à audiência de conciliação, outras possibilidades são ventiladas no que se refere à relação sujeito de desejo/sujeito processual. Cada uma das partes pode falar livremente, sem a necessidade de intermediação do advogado. Logo, as demandas intrapsíquicas surgem e o espaço da escuta é instaurado.

João e Maria utilizaram, a princípio, a audiência na lógica do Estado regulatório com poder de decisão. Cada um apresentou a sua versão. João,

---

<sup>22</sup> SUANNES, Cláudia. A escuta analítica onde não há demanda de análise: considerações sobre a função simbolizante do processo judicial. In: BRANDÃO, Eduardo Ponte (Org.). *Psicanálise e Direito: subversões do sujeito no campo jurídico*. Rio de Janeiro: Nau, 2019, l. 1427.

<sup>23</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad.: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

em seu silêncio e comportamento comedido, representou um papel. Ao pedir desculpas pelo comportamento “emotivo” de Maria, ele se dirige ao outro/Estado. Talvez, um pedido de desculpas que abarque um desculpar-se pelas acusações e pela má figura de João que emerge na narrativa de Maria. Ela, que se exalta ao falar do relacionamento extraconjugal de João, dos bilhetes deixados pela casa, do abandono do lar, das promessas de amor não cumpridas, dos objetos levados por João, também se desculpa quando encerra a sua fala. Ambos buscam encontrar um culpado e um inocente, como se o Poder Judiciário pudesse *absolver os pecados* cometidos na constância da relação. A conciliadora precisa esclarecer que a audiência não visa encontrar um culpado.

Contudo, a fala livre de Maria, dirigida tanto a João quanto ao terceiro interventor, na figura da conciliadora, abre a possibilidade para que o sujeito do desejo se manifeste através do sujeito processual. Maria verbaliza quais bens estão em jogo e o que foi perdido. A cena jurídica força João a escutar a narrativa de Maria sobre o fim do seu amor e legitima o sofrimento. Ela apresenta a demanda pelo reconhecimento da ofensa que lhe foi causada pelo fim da relação desde os primeiros momentos da audiência. Ao invés de subir para a sala de audiências pelo elevador, usa a escada e chega com falta de ar. Inicia a conversa com João contando a história da sobrinha que não foi reconhecida por ele. Essa história é o fio condutor que leva a toda a narrativa sobre a relação extraconjugal de João, a recusa dele em assinar o divórcio de modo consensual, a dor pelo divórcio litigioso, a exigência em manter o nome de casada. De muitos modos, Maria pede que o seu sofrimento seja reconhecido.

A conciliação atua como modo de tradução entre as partes, antes in-comunicáveis. Ao trabalhar o conceito de tradução de Walter Benjamin,

Butler<sup>24</sup> apresenta a tradução como a superação da não-comunicabilidade. A tradução reduz impasses na comunicação. Ao sugerir a João desculpar-se com Maria, a conciliadora atuou como tradutora. O que para João não era ofensa (a relação extraconjugal, o divórcio litigioso), para Maria era causa de sofrimento e sensação de impotência.

O pedido de desculpas que João apresenta no final da audiência, dirigido a Maria e reconhecendo a importância que ela teve em sua vida, talvez tenha um impacto maior do que a sentença para a realização do trabalho de luto que ela atravessa. A diferença no aspecto dela quando vai ao Fórum semanas depois da audiência é um indicativo de que algo se passou ao longo da audiência de conciliação. Maria, agora, espera a resolução do processo, que encerrará qualquer vínculo com João. Ela pode sair de casa, tanto para ir ao Fórum quanto para trabalhar. No processo de escuta das partes e de legitimação do desejo inconsciente da demanda, abrem-se portas para outras funções do Poder Judiciário, diversas de uma instância reguladora que impõe uma solução externa ao conflito de interesses dos sujeitos processuais.

## **Conclusão**

Espera-se ter alcançado o objetivo proposto no início deste trabalho, qual seja, apresentar reflexões acerca da relação entre o sujeito processual e o sujeito de desejo que antecede e perpassa a demanda jurídica. Para tanto, apresentou-se um estudo de caso em ação de partilha de bens após divórcio.

A partir da fala da requerida em audiência de conciliação e em visita ao Fórum para consultar o andamento processual, buscou-se elementos para localizar o sujeito cujo desejo inconsciente impossibilitou a

---

<sup>24</sup> BUTLER, Judith. *A força da não-violência: um vínculo ético-político*. Trad.: Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2021.

composição extrajudicial das partes. Apontou-se que os bens sobre os quais o ex-casal litiga operam no plano simbólico, visto que a requerida demonstrou ressentimento e revolta e ofensa pelo modo como a relação terminou e pela judicialização litigiosa do divórcio. Objetos de pouco valor foram ressaltados em detrimento do bem principal da demanda jurídica, qual seja, o apartamento adquirido pelas partes na constância da união.

Adotando como referencial teórico o estudo da relação do Eu com os objetos amorosos em Freud, pretendeu-se explicar que a requerida ainda não realizou o trabalho do luto necessário à perda do objeto amoroso, visto que o inconsciente não funciona conforme a lógica espaço-tempo que se adota na vida cotidiana. O objeto amoroso perdido é incorporado à subjetividade do sujeito desejante, resultando em sofrimento e ódio como dispositivos afetivos que mantêm a relação. A negação em sair de casa e em encerrar o processo (judicial ou do luto) são formas inconscientes que a requerida encontra para perpetuar o vínculo com o ex-cônjuge.

Por fim, demonstrou-se que a impossibilidade de comunicação entre as partes e o sofrimento decorrente do luto pela perda do objeto amoroso se expressa em angústia, que é formatada e nomeada na judicialização do conflito. O Estado é convocado a intervir como instância reguladora, que declarará uma das partes certa e a outra errada. Propõe-se que a escuta das partes em audiência, permitindo a fala livre dos sujeitos sem a intermediação dos advogados, abre a cena para que a demanda inconsciente se manifeste e seja elaborada. No caso estudado, o reconhecimento do sofrimento da requerida pelo seu ex-cônjuge e o pedido de desculpas que ele direciona a ela geram efeitos na demanda inconsciente que a sentença, por si só, não geraria. Conclui-se que a escuta do sujeito do desejo através do sujeito da demanda, em um processo de tradução de posições inicialmente incomunicáveis, é uma possibilidade para que a requerida consiga sair da casa-casamento.

## Referências

- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.
- BUTLER, Judith. *A força da não-violência*: um vínculo ético-político. Trad.: Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2021.
- CUSK, Rachel. *Esboço*. Trad.: Fernanda Abreu. São Paulo: Todavia, 2019, l. 56.
- FREUD, Sigmund. Introdução ao narcisismo. *Obras Completas*, volume 12. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- \_\_\_\_\_. Luto e melancolia. *Obras Completas*, volume 12. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- \_\_\_\_\_. O escritor e a fantasia. *Obras Completas*, volume 8. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- \_\_\_\_\_. O Eu e o Id. *Obras Completas*, volume 16. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- \_\_\_\_\_. *O mal-estar na cultura*. Trad.: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2016.
- \_\_\_\_\_. Os delírios e os sonhos na Gradiva de W. Jensen. *Obras Completas*, volume 8. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- \_\_\_\_\_. Os instintos e seus destinos. *Obras Completas*, volume 12. Trad.: Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad.: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- PLASTINO, Carlos Alberto. *O primado da afetividade*: a crítica freudiana ao paradigma moderno. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

SUANNES, Cláudia. A escuta analítica onde não há demanda de análise: considerações sobre a função simbolizante do processo judicial. In: BRANDÃO, Eduardo Ponte (Org.). *Psicanálise e Direito: subversões do sujeito no campo jurídico*. Rio de Janeiro: Nau, 2019, l. 1427.

## Sobre a filosofia moral e o descaminho do direito

*Livia Teixeira Moura*<sup>1</sup>

### 1 - Introdução

O ingresso na universidade é uma passagem singular na vida. Inicia-se, desde este passo, a preparação para a vida profissional, o que envolve o aprofundamento de conhecimentos acerca do que, no Brasil, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) chama de áreas do conhecimento, as quais subdividem-se em subáreas, não esquecendo da divisão primária onde se inserem as áreas, qual seja a “grande área”. No seio do mundo acadêmico, então, a busca por conhecimento está calculadamente classificada para a imersão profunda e direcionada, a qual obedece o propósito, segundo Sousa (2004, p. 3-5) de organização e sistematização dos dados de ciência e tecnologia (C&T) na busca por indicadores de gestão, planejamento e avaliação, além de possibilitar aos órgãos que atuam em ciência e tecnologia maior agilidade para reunir dados.

No tocante ao direito, a tabela do CNPq nos diz tratar-se de uma área do conhecimento descendente da grande área “Ciências Sociais Aplicadas” e geradora de quatro subáreas – teoria do direito, direito público, direito privado e direitos especiais – que são subdivididas em mais dezenove sub(sub?) áreas. A especialização é realmente uma especialidade dos cientistas, cujos experimentos precisam estar devidamente decompostos em

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – PPGD/UFGPA. Professora do Centro Universitário Metropolitana da Amazônia – UNIFAMAZ. E-mail: livia.tmoura@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4701-1415>

frações para que a análise possa ser orientada pelo o rigor do método, o qual é o condutor até a certeza.

Entre as subáreas componentes da teoria do direito, figura a filosofia do direito que, quando dotada de conteúdo realmente filosófico, posiciona-se longe do ensino de métodos objetivos para a descoberta de proposições jurídicas válidas, o que, para Matos (2013, p. 141) é tarefa de realização dificilmente crível para quem está em vias de concluir ou já concluiu o curso de direito. É desde Matos (2013, p.141), ainda, que se pode afirmar ser a filosofia do direito, por vezes, considerada insignificante para o desenvolvimento e a compreensão da ciência do direito, mas sobre isso o CNPq parece não concordar, porque elenca o conhecimento jusfilosófico em seu rol classificatório e, pelo menos para efeito de planejamento, ajuste e gestão de informação abre espaço para o diálogo entre filosofia e direito. De outro lado, vemos no pragmatista Richard Posner um exemplo acerca do qual Matos (2013) alertara ao tratar sobre os que banalizam a filosofia do direito. Isso não quer dizer que Posner (2012, p. VIII) descarte inteiramente a importância do que chama de outras “disciplinas” para auxiliar o fazer jurídico, em verdade o juiz e docente defende o direito como seu interesse primordial, mas concorda que os profissionais, sejam advogados, juizes ou professores, precisam da ajuda de outras disciplinas para fazer o direito.

Posner (2012, p. VIII-XI) continua sua intercessão pelo conhecimento de outras disciplinas que não sejam estritamente jurídicas, apontando a necessidade dos juristas de conhecer as atividades normatizadas pelo direito, bem como os efeitos destas normatizações. No tocante a este auxílio inevitável, o autor indica um impasse acerca da fonte para esta assistência, posicionando-se contrariamente às contribuições que a filosofia moral pode prestar ao direito e afirmando que somente aqueles possuidores de “tendências filosóficas” admitem os “métodos da filosofia moral” para a

decisão de casos jurídicos difíceis, enquanto os pragmatistas, tais como ele próprio, não crêem neste “método” sob nenhuma hipótese, de sorte que, pressupondo a falha do positivismo jurídico em solucionar suficientemente uma questão jurídica, acreditam no direito orientado pela ciência e não pela filosofia.

Posner (2012, p. IX-X) é assertivo ao enunciar a filosofia moral como conhecimento esvaziado de teor relevante para o direito ou mesmo para uma pessoa envolvida com alguma incumbência referente à normatização, designando a filosofia moral como um conjunto de argumentações direcionadas ao convencimento sobre porque se deve mudar de comportamento ou crenças. A partir da sua posição de cético moral pragmático, o autor chama a contribuição dos filósofos para as questões morais de “débeis” e, assumindo seu relativismo moral, estabelece a morte de milhares de pessoas indefesas pelo nazismo como um fato, enquanto o julgamento se os atos nazistas foram bons ou ruins depende de valores impossíveis de serem provados quanto a sua veracidade ou falsidade.

Ao tratar sobre a teoria moral, Posner (2012, p. 1) a descreve, e também as reflexões dela derivadas, como “descaminho”, um falso ideal que prevê um esquema moral inteligível e atemporal capaz de fornecer critérios objetivos de aprovação ou reprovação de crenças e comportamentos individuais ou institucionais. Prossegue o professor afirmando a teorização moral como incapaz de oferecer qualquer fundamento útil aos juízos morais ou de tornar alguém melhor em sua vida privada ou pública.

Os princípios morais são para Posner (2012, p. 8) apenas normas sociais prosaicas advindas de sentimentos ou emoções morais, tal como David Hume e Adam Smith já explicitaram no passado. Daí já se faz compreensível que para Posner a moral, na melhor das acepções, é freio para impulsos, mas não um freio exatamente racional.

O problema acerca da moral e sua aproximação do direito através da filosofia moral parece estar relacionado, pois, a carência de objetividade dos sentimentos morais outrora pensados por Hume e Smith, os únicos teóricos da moral que não são alvo das críticas de Posner. Esta conclusão desagua em outra questão adversa para o pragmatismo, qual seja, o não comprometimento com resultados demonstráveis cientificamente. Posner (2012, p. 19-21) concebe como teorias bem-sucedidas aquelas descritas a partir da ciência, especialmente as originárias das ciências naturais, justamente por tratarem de fenômenos observáveis e entidades com existência física, com capacidade para gerar previsões a serem refutadas empiricamente e cuja refutação se faça por meio de dados empiricamente observáveis também. Portanto, para o direito é muito mais válida a associação com disciplinas com maior propensão para ajudar a prever, compreender e buscar controlar o ambiente físico e social, umas vez que são produtoras de conhecimento com efeitos concretos na realidade, ao passo em que a teoria moral está interessada em indicar como devemos nos comportar.

Frente a tamanho rechaço à filosofia moral e à própria filosofia do direito, é de se indagar acerca do papel da filosofia como saber que possui implicações no direito, afinal esta é uma subárea na classificação para armazenamento de indicadores no CNPq. Na busca por respostas que se insiram na abertura gerada pela crítica do pragmatismo de Richard Posner à filosofia moral e justifiquem o espaço para a filosofia do direito dentro da pesquisa, pelo menos no que concerne ao Conselho gestor da pesquisa no Brasil, necessário se faz que a filosofia moral seja apresentada não como teoria a serviço do direito, mas como pensamento sólido e crítico a respeito da ética enquanto reflexão acerca da realidade para que, em seguida, possa-se mostrar como a justiça, o fim para o qual o direito deve se voltar

a fim de normatizar corretamente as relações sociais e definir o equilíbrio preciso nas lides inter-partes.

Para tentar compreender a importância da filosofia moral para o direito, em paralelo às críticas quanto à sua presteza, recorre-se à filosofia moral de Alasdair MacIntyre apresentada no livro “Depois da Virtude”. A escolha não é acidental, mas se deve ao diagnóstico que o filósofo faz sobre o endêmico desacordo moral das sociedades contemporâneas ocidentais, apresentando-o a partir de um resgate histórico, englobante dos problemas filosóficos, originadores da crise moral (CARVALHO, 2007, p. 18), a qual dissocia a sociedade da concepção de bem e a aproxima da relatividade dos valores, dado o individualismo no qual se encerra o ser humano. É de se afirmar, assim, que a ética de MacIntyre contrapõe-se ao relativismo moral fundante do exame de Posner, configurando-se no contraste ideal, não em um debate contra o pragmatismo, para averiguar uma justificação possível para a conveniência da filosofia moral.

Com efeito, a filosofia de MacIntyre é uma atualização da ética das virtudes de Aristóteles em uma apropriação que a torna pensamento chave para os problemas morais da atualidade. Como nos diz Carvalho (2007, p. 18) o propósito de MacIntyre é chegar a um conceito de virtude para a contemporaneidade a partir da teleologia aristotélica sem, contudo, torná-la anacrônica. Ora, em reconhecendo a justiça como uma das virtudes sobre a qual Aristóteles se debruça na “Ética a Nicômaco” e distinguindo-a como o fim ao qual o direito se dirige, caso se proceda a uma compreensão ética do mundo jurídico, “Depois da Virtude” também poderá nos ensinar se há qualquer importância da filosofia moral no direito.

Ademais, este artigo, acompanhando o modo como MacIntyre conduz suas investigações, adotará a hermenêutica filosófica como caminho para o desenvolvimento do trabalho. Além de representar uma aproximação à obra básica para a apreciação acerca da filosofia moral, a hermenêutica

filosófica, aqui expressa precipuamente a partir de “Verdade e Método” de Hans-Georg Gadamer, é esteio para que se conceba a compreensão e, possivelmente a verdade, como fruto da experiência dos seres humanos no mundo e não propriamente de um método sistematizador e fundado na observação de experimentos.

As ciências do espírito, tal como é o direito, ao se impregnarem dos padrões ditados pela ciência moderna, buscam pela verdade como se ciências da natureza fossem e se a aproximação ao método científico parece a saída mais adequada para o direito, na crítica de Posner, faz-se necessário ensaiar uma caminho alternativo. Gadamer (2011, p. 15) nos ensina que, longe de insinuar uma disputa metodológica entre ciências da natureza e ciências do espírito, a hermenêutica está para reconhecer uma distinção de objetivos entre estas ciências. Portanto, esta breve investigação coloca-se à disposição do movimento de compreensão que acompanha a experiência do homem no mundo, considerando-o em sua historicidade e nos efeitos que esta historicidade tem no seu compreender, transformando esta constante atividade em um comportamento não subjetivo, o que não poderia ser diferente em um estudo a partir de MacIntyre.

Para avançar com os propósitos deste artigo, primeiramente será apresentada a ética das virtudes de MacIntyre em “Depois da Virtude”, os principais pontos ressaltados dirão respeito à crise moral que encampa o relativismo e põe em cheque a utilidade da filosofia moral, a qual é apresentada pelo filósofo como uma ética das virtudes cuja realização se dá nas práticas, na tradição e nas narrativas.

Em seguida, será mostrado como a justiça, quando compreendida como virtude para a qual o direito deve se dirigir, não pode prescindir da reflexão moral. Dentro desta abordagem, será considerada a hermenêutica filosófica e a compreensão do direito como ciência do espírito, relevando sua adequação à ciência, tal como propõe Posner, para, então, decidirmos

sobre o pensar filosófico moral associado ao direito como sendo realmente inútil, caso utilizemos os termos de Posner, ou não. Enfim, chegar-se-á à conclusão do trabalho, a qual contará com breve recapitulação do exposto, seguido daquilo que se conclui acerca da validade da filosofia moral para o direito.

## **2 – A filosofia moral na constatação da desordem**

Perante a avaliação da filosofia moral anteriormente exposta e o espaço que a filosofia do direito porta na pesquisa acerca do direito, franqueia-se a um pensador da filosofia moral a palavra, podendo-se imputar seriedade à reflexão desenvolvida por MacIntyre não somente por sua prestigiosa vida acadêmica, registrada nas dezenas de obras que escreveu, mas também porque no prefácio de “Depois da Virtude” o filósofo mostra-se insatisfeito com o que chama “inadequação de meus trabalhos de filosofia moral anteriores e de uma insatisfação cada vez maior com a concepção de “filosofia moral” como área independente e isolável.” (MACINTYRE, 2001, p. 9). A insatisfação projetada pelo filósofo acerca de suas próprias produções demonstram honestidade e transparência de propósitos, bem como um questionamento gerador de uma investigação, o que é mote para o desenvolvimento científico e também para a filosofia.

MacIntyre afirma seus trabalhos anteriores como tentativas de aprender com a história e com a antropologia sobre as práticas morais em sua diversidade, crenças e esquemas conceituais morais, tipo de estudo mais próximo da aprovação de Posner (2012, p 23) quando declara que as perguntas sobre a disseminação das crenças morais, sua proveniência e a probabilidade de afetarem o comportamento são questões para antropólogos, historiadores, sociólogos, psicólogos e economistas. Ao concebermos que MacIntyre já percorreu um caminho próximo daquele

traçado como ideal por Posner, mas continua insatisfeito, deve-se creditar a ele a produção de um trabalho, a princípio, honesto.

Desde pronto, MacIntyre (2001, p. 9-10) alerta sobre a esterilidade do estudo de conceitos morais através da simples reflexão, levantando a hipótese de que o mundo real, este por nós habitado, é constituído de sociedades modernas, cujas comunidades morais e os julgamentos morais são tais que não são capazes de oferecer um critério moral. As sociedades modernas parecem ser permeadas, pois, por uma linguagem moral em estado de grave desordem, restando-nos os fragmentos de um esquema de conceitos deslocado dos seus contextos e de seus significados originais.

MacIntyre (2001, p. 21-24) nos diz que a característica mais marcante da contemporaneidade moral é o seu uso para expressar desacordos, de maneira que estes sejam expostos interminavelmente, como se, realmente, não pudessem chegar a termo. O filósofo reconhece neste debates morais infundáveis três traços comuns: primeiramente, há uma incomensurabilidade conceitual nos argumentos rivais, de maneira que todos os argumentos apresentados sejam logicamente válidos ou expandidos até tornarem-se válidos, uma vez que as conclusões derivam de fato das premissas. Isso se deve à surpreendente constatação de que as premissas rivais em um debate moral nem mesmo podem ser racionalmente contrapostas, pois empregam conceitos normativos e valorativos de tipos completamente distintos. Além disso, o próprio debate nunca parece estar realmente aberto no sentido de trocar argumentações até a chegada em uma conclusão conjunta, afinal quando um agente ingressa em um debate público o desfecho acerca da questão debatida já possui o mérito definido em sua mente, o que nos leva a outro problema neste primeiro ponto, qual seja a arbitrariedade privada fundante da postura defensiva e até fechada diante do diálogo. Esta arbitrariedade privada funciona como um critério inatacável que impele a atacar as

razões rivais, como se o fato de não possuir, em um determinado momento, um argumento contrário ao de meu oponente, retirasse de mim a possibilidade de estar fazendo uso da razão.

Soma-se ao primeiro ao primeiro traço, a apresentação impessoal destes argumentos, a fim de situa-los em um plano racional. MacIntyre (2001 p. 25), no entanto, considera que diante de uma pergunta como “Por que eu devo fazer isso?” não é incomum que a resposta, em lugar de responder a critérios impessoais existentes, corresponda ao contexto pessoal dos sujeitos.

Enfim, o último atributo dos debates intermináveis é a larga variedade histórica das origens dos argumentos. Há uma subestimação da complexidade histórica e ancestral nas teorias em que podem estar fundados os argumentos em um debate. Esta complexidade histórica, entretanto, é de muito maior importância quando se considera não somente filósofos e teóricos desde o seu lugar de fala, mas em todo intricado corpo de de teorias e práticas que constituíram a cultura humana na qual estariam imbricadas as crenças e teorias das quais nos utilizamos. (MACINTYRE, 2007, p. 27).

Ao assumir uma desordem relacionada ao desacordo provocado pela falta de um critério moral que funde eticamente uma sociedade, o filósofo (2001, p. 30) coloca-se perante um desafio que é característico das culturas que possuem um discurso valorativo, bem como do Emotivismo que se ocupa destes desacordos, concebendo-os como insolúveis, posto que a teoria emotivista aponta todos os julgamentos avaliativos e todos os julgamentos morais como expressões da preferência, atitudes ou sentimentos, o que muito se assemelha ao apontado por Posner como a realidade através da qual devemos pensar o direito, principalmente quando MacIntyre explica que para o emotivismo os julgamentos particulares podem unir elementos morais e factuais, mas o elemento moral em

um julgamento deve ser sempre distinguido do fatural, pois este são falsos ou verdadeiros e isso pode ser seguramente concordado no reino dos critérios racionais, enquanto os julgamentos morais, concebidos como sentimentos e atitudes, não são verdadeiros nem falsos porque as suas proposições não podem ser asseguradas por nenhum método racional.

O Emotivismo é, assim, um atestado da falha de provisão de uma justificação racional para uma moralidade objetiva e se o pensamento emotivista for verdadeiro a linguagem moral tradicional e herdada deverá ser abandonada (MACINTYRE, 2001, p. 46) , prevalecendo o desacordo, inclusive para a tomada de decisões nas esferas políticas.

Ao tratar do indivíduo que se encontra em um meio onde as suas escolhas estão pautadas unicamente em sua subjetividade, MacIntyre (2001, p. 65) passa a chamá-lo de “Eu” emotivista, anunciando-o como o “Eu” democratizado e não possuidor necessário de conteúdo ou identidade social. Destituído de qualquer critério último ou fundamental para a decisão, o indivíduo do emotivismo é também carente de uma história linear que subjaza aos comprometimentos pelos quais se decide, afinal os conflitos nos quais se debruça são originados também por arbitrariedades contingentes.

A liberdade em relação as continuidades dadas e o desatrelamento do passado são para MacIntyre (2001, p.68-69 ) uma perda. O “Eu” emotivista aparenta ser o reflexo de uma privação de critérios em lugar de ter escolhido não se submeter a um critério. O autor deve isso à uma perda iniciada na modernidade, pois registra a existência de sociedades pré-modernas em que a associação entre grupos permitia que os indivíduos se identificassem pelas relações que mantinham, isto é, por ser sobrinho, pai, irmão de alguém. O conhecimento de si mesmo dava-se através do lugar que se ocupava em uma jornada na existência, a qual era encaminhada por um conjunto de objetivos. Era justamente este tipo de concepção de vida

humana completa a matéria para uma avaliação objetiva e impessoal, de um tipo de avaliação capaz de fornecer um conteúdo de julgamento que estivesse acima de ações particulares ou projetos individuais.

A modernidade surge como a interrupção do ser humano integrado socialmente, mas isso não é considerado uma perda, e sim um ganho para o indivíduo que seria liberto das ligações sociais repletas de hierarquias opressoras rejeitadas pelo mundo moderno sob a acusação de superstições da teologia. A soberania do indivíduo sobre o seu próprio domínio tornou-o apartado de sua identidade social e da visão da vida humana como aquela orientada para um fim. (MACINTYRE, 2001, p.70-71).

MacIntyre realiza detida incursão acerca dos filósofos do iluminismo mostrando sua tentativa e fracasso em justificar a moralidade, além de indicar como os episódios da história social que fragmentaram a moralidade, possibilitando o emotivismo, estão diretamente ligados com episódios da história da filosofia. Importa destacar que, dentro deste panorama, houve uma perda fundamental, qual seja a do esquema moral que dominou durante largo tempo a Idade Média europeia. Aristóteles era o esteio fundamental deste esquema moral, de forma que em sua “Ética a Nicômaco” está estabelecido um arranjo teleológico entre o “homem como ele é” e o “homem como poderia ser se realizasse sua natureza essencial” (MACINTYRE, 2001, p. 99).

Nesse sentido, a ética é ciência com pretensões de ensinar o ser humano a migrar de uma posição até a outra, de maneira que a característica racional humana encaminhe-o a um fim, a um *telos*. As virtudes preditas por Aristóteles preparam para a descoberta da verdadeira natureza humana que, ao ser divisada, deixa de ser potência para virar ato em busca do verdadeiro fim (MACINTYRE, 2001, p. 99-100). Este esquema, entretanto, é desprezado pela ciência e pela filosofia da modernidade, posto que

a razão não mais se ligaria com essência, potência e ato, mas seria tão somente calculadora, capaz de avaliar relações de fato e de matemática. O fim para o qual as ações se voltam são esquecidos e os meios de uso da razão são o que importam.

O desprezo à ligação ética entre o “é” e o “deve ser”, como ocorre, por exemplo, com os conceitos funcionais, definidos conforme uma finalidade ou função esperada e que obedecem a ideia de que as premissas factuais ao atenderem determinados critérios tornam-se uma conclusão normativas, também é fruto da modernidade, cujos filósofos, de jargão moral empobrecido, em grande parte pela destituição do homem de seu encaminhamento para o que “deve ser” e transformação em indivíduo independente de seu conjunto de papéis (membro da família, cidadão, profissional), passaram a considerar a premissa “é” autonomamente da conclusão “deve”. Soma-se a isso a secularização da moralidade levada avante pela Ilustração e seu questionamento sobre a conexão entre os juízos morais e a lei divina (MACINTYRE, 2001, p. 110-111).

O presente, afirma MacIntyre (2001, p. 112) é ainda permeado pelo costume em se referir aos juízos morais como verdadeiros ou falsos, mas não sabemos o que os torna objetivamente verdadeiros ou falsos, pois a fragmentação do esquema ético clássico em filosofias modernas, destituídas de um “deve ser” e constitutivas de indivíduos distanciados das práticas sociais e de um fim que norteie suas vidas, tornou a atualidade em uma estrutura social entremeadada de conceitos e crenças nem sempre coerentes.

Este diagnóstico já havia sido afirmado por Posner, cabendo aos capítulos de “Depois da Virtude” somente ratificá-lo desde uma apresentação, breve neste artigo, das razões pelas quais o desacordo tornou-se a regra. Todavia, MacIntyre posiciona-se contrariamente à aceitação desta configuração como a base para as escolhas de nossas vidas,

para o agir moral, utilizando-se da filosofia moral para propor soluções ao desafio que se impôs.

Toda a investigação feita desde uma crítica situada a partir de critérios éticos e fenômenos históricos claramente conexos com a moral já mostram a validade da filosofia moral para a compreensão das transformações histórico-sociais, portanto, a “inutilidade” anunciada por Posner somente poderia se dever à incapacidade da filosofia moral em resolver o desacordo que torna o relativismo tão objetivo para o pensador do pragmatismo. Assim é que passamos para a próxima fase deste trabalho, qual seja a ética das virtudes desenvolvida por MacIntyre.

### **3 - Filosofia moral para quê?**

A empreitada para justificar o papel da filosofia do direito como disciplina de pesquisa não é simples, sistemática ou matemática. É, em verdade, o resgate de um trabalho de erudição e conteúdo histórico e filosófico executado por um pensador insatisfeito e inquieto com o que já escrevera e com a realidade desatada da tradição histórica e do reconhecimento dos indivíduos como parte desta tradição a qual, ao mesmo tempo em que caminha conosco, também já é parte de nosso caminho, como já ensinará Gadamer através de sua hermenêutica filosófica.

Em considerando a escolha de um caminho hermenêutico para este trabalho, o qual assume a compreensão como toda atividade humana no mundo e concebe que a história atua em forma de preconceitos, isto é, como juízo formado anteriormente à averiguação definitiva acerca dos momentos determinantes para a coisa sob exame (GADAMER, 2011, p. 360), não é surpreendente que a tradição, como um preconceito com autoridade sobre nossas ações, figure aqui de modo elementar. Por isso, a recuperação da tradição aristotélica realizada por MacIntyre, diante da constatação de que foi este o esquema ético fragmentado na modernidade

e ocasionador, em grande parte, do desentendimento moral por nós vivido, parece-nos um movimento hermenêutico, o qual recupera a tradição como preconceito legítimo e a alça, tal como já ensinara Gadamer (2011, p. 367/372) à posição de autoridade, a qual, por ser dotada historicamente de visão mais ampla e mais experta, diz-nos aquilo que pode ser compreendido por nosso ser histórico e finito, posto que somos determinados pelo já transmitido e agimos baseados em nossa herança histórica.

Neste diapasão, importa lembrar que o próprio Gadamer (2007, p. 276) vê na ética aristotélica a possibilidade de um agir moral que não requer um super-humano que se auto-transcenda, tal como requisitava a ética kantiana em sua opinião. Além disso, o filósofo também vê a necessidade da filosofia prática frente a perplexidade e confusão moral, destacando o papel do conhecimento moral no discernimento do que precisa ser feito e de que o “possível de ser feito” em uma situação concreta está relacionado com o que é considerado certo de maneira geral.

Inicialmente, MacIntyre (2001, p. 310) recobra o próprio conceito de virtude aristotélico, juntamente aos conceitos de virtude na visão Homérica, do Novo Testamento e de Franklin. Quando nos detemos no que diz Aristóteles, uma vez que “Depois da Virtude” se propõe a atualizá-lo, temos que as virtudes se vinculam ao homem como tal, sendo o *telos* humano o que define os atributos reputados virtudes. As virtudes são pensadas por Aristóteles como meios para um fim, mas esta é uma relação interna, pois o próprio agir virtuoso é já um componente essencial para se chegar ao *telos*; lição esta ensinada por Tomás de Aquino estudioso do aristotelismo.

Dos conceitos de virtudes destacados, MacIntyre extrai um próprio à construção teórica que vem desenvolvendo. Este conceito permitirá a distinção das virtudes verdadeiramente pertencente à tradição, expressando a conceituação a história que lhe deu origem. (MACINTYRE, 2001, p. 314).

Relevando a tradição, MacIntyre (2001, p. 314) afirma como ponto característico dos conceitos de virtude já analisados, a necessidade, para sua aplicação, de uma explicação prévia acerca da vida moral e social conforme as quais será delineado. O conceito desenvolvido pelo filósofo, então, atende a complexidade e o caráter histórico e multifacetado essenciais para o seu emprego, sendo produzido logicamente a partir de três estágios, quais sejam: prática, ordem narrativa de uma vida humana singular e tradição moral, ressaltando-se que cada estágio posterior pressupõe o anterior, mas o contrário não é necessário, pois o estágio anterior é modificado e reinterpretado conforme o estágio posterior, de maneira que o desenvolvimento do conceito se aproxima da história da tradição de onde sai seu núcleo.

Por prática tem-se a atividade humana cooperativa, complexa, coerente, estabelecida socialmente e possibilitadora que os bens internos próprios desta prática se realizem na tentativa de alcançar padrões de excelência estabelecidos, e em parte definidores, para a atividade determinada. As práticas são significativas para a maior possibilidade de os seres humanos alcançarem a excelência, além de alargarem os conceitos conhecidos de fins e bens envolvidos. (MACINTYRE, 2001, p. 316).

As práticas pressupõem a obediência às normas estabelecidas, assim como a aquisição de bens. Os bens são divididos em internos e externos, estes últimos dizem respeito à conquistas que serão de propriedade ou posse, diminuindo sua oferta para as outras pessoas, conforme sejam mais e mais concentrados em poder de alguém, portanto, são, facilmente, concebidos como objetos de disputa, ensejando vitória e derrota. Os bens internos também são, caracteristicamente, oriundos de uma competição, mas conquistá-los é sinônimo de ganho geral e não individual; toda a comunidade realizadora da prática é contemplada. (MACINTYRE, 2001, p. 321).

As práticas reclamam, pois, um relacionamento entre seus participantes, destacando-se as virtudes, neste estágio primário de seu conceito, em referências definidoras deste relacionamento, cuja configuração é independente da vontade e prospera em sociedades diversas, contanto que estas possuam virtudes preenchidas de valor. MacIntyre (2001, p. 324-327) alerta, ainda, para o fato de as práticas possuírem uma dimensão histórica fundamental, isso nos diz que ingressar em uma prática é muito mais do que relacionar-se com os praticantes contemporâneos, dilatando-se para a ligação com aqueles que nos precederam.

Cabe lembrar que todo o trabalho teórico para promover a essencialidade do *telos*, enquanto bem da vida humano unitário, assim como para mostrar como este foi perdido a partir da modernidade, incentiva que não nos esqueçamos desta categoria como transcendente aos bens restringidos nas práticas e, por conseguinte, como o parâmetro para o impedimento da subversão da vida moral por arbitrariedades capazes de nos afastar da compreensão das virtudes adequadas para o contexto. (MACINTYRE. 2001, p. 340).

O segundo estágio para o conceito de virtude começa com a narrativa que, para MacIntyre (2001, p. 355-356) não se trata somente da obra dos poetas ou romancistas, mas de como pensamos e realizamos a nossa própria vida, sempre alocando os episódios particulares no contexto de histórias narrativas. Inteligimos os atos de outras pessoas, assim, em forma de narrativa, porque é assim que vivenciamos também nossas vidas.

Ao atuarmos em nossas próprias narrativas, somos delas autores também, em verdade, somos co-autores na maior parte do tempo, dadas as profundas influências sofridas. “Subimos em um palco que não criamos”, nos diz MacIntyre (2001, p. 359), “e nos surpreendemos participando de uma criação que não foi nossa”, completa o autor.

Portanto, ainda que protagonizemos em nossa própria vida, somos coadjuvantes em outras e uma narrativa restringe a outra.

A imprevisibilidade é outra característica das narrativas, assim como o seu caráter teleológico, pois se vive o presente sob a expectativa de um futuro e em MacIntyre (2001, p. 362) este futuro sempre se apresenta como um *telos* a impelir nossos movimentos no presente em direção ao futuro, ainda que este não no seja claro.

Desde o conceito de narrativa, extrai-se o conceito narrativo de identidade, o qual possui duas implicações: primeiramente, o sujeito de sua história a compreende a partir de um significado peculiar, configurando-se a narrativa do nascimento até a morte em inteligência da razão para existir, contanto se tenha um *telos* firmado. O sujeito da narrativa é responsável pelos atos e experiências de sua vida, podendo, assim, oferecer explicações acerca do que fez ou sofreu, mostrando inteligibilidade. Em outro aspecto, a identidade narrativa de outros também pode ser motivo para pedirmos as explicações que outrora transmitimos, uma vez que faço parte da vida de outras pessoas, assim como elas fazem parte da minha, gerando-se a continuidade que garante a inteligibilidade. (MACINTYRE, 2001, p. 365-367).

Do conceito narrativo de identidade, MacIntyre (2001, p. 367-368) parte para o conceito de identidade pessoal, o qual não é menosprezado pela crítica ao indivíduo moderno, ao contrário, a unidade de uma vida individual é a unidade de uma narrativa expressa em uma única vida que está em sua busca narrativa pra compreender sobre como viver melhor em consonância com o que há de comum no entendimento das outras pessoas acerca deste viver. Esta busca revelará em seu decorrer, e no aparecer e superar dos males que lhes correntes, a compreensão da meta e também o autoconhecimento.

Nesse sentido, as virtudes são sustento em nossa busca pelo bem, são base para vencer as adversidades e para prosseguir no conhecimento do bem. A procura pelo bem, entretanto, não é um exercício virtuoso individual, pois as situações concretas variam e aquilo que me é bom deve ser bom para quem comigo vivencia os papéis dentro da narrativa, pois são também parte de meu viver e do meu próprio ponto de partida moral. Quem somos diz respeito ao que herdamos, ao passado projetado no presente, à história que me faz parte de uma tradição, o último estágio para a conceituação das virtudes. (MACINTYRE, 2001, p. 370-372).

A tradição é pensada por MacIntyre (2001, p. 373-374) como argumentação acerca dos bens que lhes constituem, cujo desdobramento na história a incorpora socialmente. É no interior de uma tradição que os bens são buscados e, considerando que a busca atravessa gerações, a procura individual pelos bens está sempre inserida em um contexto previamente produzido pelas gerações anteriores, o que é determinante para as práticas e os bens internos, bem como para a construção de nossa narrativa, pois a história de uma certa prática é, fatalmente, parte de uma tradição que a torna inteligível até sua chegada em nós, da mesma forma, nossas narrativas individuais somente se fazem inteligíveis por estarem estabelecidas historicamente ao longo da tradição.

As virtudes encontram sentido e finalidade, assim, em sendo esteio para os relacionamentos que nos permitem alcançar os bens internos às práticas, da mesma maneira que sustentam nossa forma de vida individual e a nossa busca pelo bem próprio e o bem de uma vida inteira, além de sustentarem as tradições que propiciam às práticas e às narrativas o contexto histórico, o ponto de partida moral. Um tradição corrompida pela falta de virtudes é sinônimo de práticas e narrativas corrompidas. (MACINTYRE, 2001, p. 374).

A concepção que MacIntyre constrói acerca das virtudes é, como nos diz Carvalho (2007, p. 19) a tentativa de devolver consistência à vida moral, admitindo o ser humano em seu caráter histórico e livrando a moral de sua configuração como conjunto de verdades atemporais ou como uma série de argumentos relativos. Nesse sentido, MacIntyre, assim como Gadamer, reabilita a tradição, afastada pelo Iluminismo como autoridade irracional, e lhe confere a capacidade de responder, desde a história, a busca por excelência das práticas e a vida individual em sua narrativa, os questionamentos morais que surgem.

Portanto, até aqui nos parece que MacIntyre consegue propor uma solução para o desafio do desentendimento e esta é moral, não somente moral, como condutora de um processo de decisão racional, baseado nas virtudes como esteio de práticas, de nossa forma de vida individual e da tradição que nos constitui. Ao considerarmos o conceito hermenêutico de tradição estaremos diante de uma autoridade que se faz racional e objetivo porque alcançou esta condição pelo conhecimento acumulado e, por consequência, goza de um juízo precedente ao meu, a autoridade funda-se em uma ação própria da razão reconhecedora de seus próprios limites e da autoridade daquele detentor de uma visão mais ampla e acertada. (GADAMER, 2011, p. 371).

A racionalidade e o progresso da filosofia moral não se dirigem, pois a uma validade atemporal, como supunha Posner, mas à gradual superação das limitações pregressas, rumando para soluções dantes invencíveis (CARVALHO, 2007, p 21). Isso garante, ao nosso ver, não somente o exercício da razão, mas o exercício prático da razão, porque, afinal, toda filosofia moral pressupõe uma sociologia, não se configurando a ética, assim, como um conjunto de procedimentos ou um passo-a-passo de regras, mas o uso da razão para o enfrentamento das questões que nos chegam e podem nos afastar ou não do *telos*. A filosofia moral não parece sucumbir

ao relativismo que a afronta apontando sua possível inutilidade, mas, tal como procede a ética das virtudes de MacIntyre, deve emergir desde o desacordo relativista, somente explicável moral e historicamente, para enfrentá-lo a partir da razão.

#### **4- Anti anti-filosofia moral<sup>2</sup> e o direito**

Seguindo o roteiro tração introdutoriamente, chega o momento de avaliarmos a filosofia moral e suas implicações para o direito. Caso Posner esteja certo, não há qualquer relação possível, mas MacIntyre, Aristóteles e filosofia hermenêutica de Gadamer ainda podem contribuir com esta investigação aberta pela crítica à filosofia do direito e à filosofia moral.

Dentre as virtudes sobre as quais Aristóteles, atualizado por MacIntyre, trata na “Ética a Nicômaco” (1987, livro V, 1), figura a justiça como a virtude completa em relação ao próximo, sendo muitas vezes considerada a maior das virtudes, posto que o seu exercício é o exercício da virtude completa e aquele que a possui é capaz de exercê-la não somente sobre si, mas também sobre o próximo, exaltando-se assim a capacidade daqueles que sabem ser virtuosos em seu âmbito privado e na relação com os outros. Ao nos juntarmos ao coro dos descrentes acerca da filosofia moral, refutaríamos então as virtudes e a justiça como virtude inteira não mais existiria enquanto sustentáculo para decidirmos desde as justiça distributiva, corretiva e comutativa e os bens internos às práticas, a nossa própria narrativa e a tradição em nada restringiriam ou poderiam apontar acerca do que é o justo para uma comunidade política.

Distanciando-nos da justiça como o fim para o qual o direito se dirige, ao resolver lides inter-partes e ao regular legalmente as relações sociais, estamos nos distanciando de qualquer objetividade que nos faça poder

---

<sup>2</sup>O título do tópico faz referência ao livro “Anti anti-relativismo” do antropólogo Clifford Geertz, no qual o autor investiga o relativismo diante das críticas que lhe são voltadas.

prever o valor de nossas ações perante as instituições jurídicas e não há que se falar em soluções de estrita subsunção das ações às leis postas, pois, é de se saber que um destes lados é extremamente limitado e outro não, além disso, qual seria o critério para promulgação de leis que normatizam as ações?

Ao considerarmos a falta de critério como um fato a partir do qual devemos pautar nossas vidas, sem outra alternativa, poderemos nos considerar inseridos, pois, no individualismo que, para MacIntyre (2001, p. 409) não é capaz de encontrar acordo prévio entre normas e, em se tratando de justiça, o autor entende este desacordo como ameaçador para uma comunidade se estabelecer politicamente, pois as controvérsias da vida cotidiana não poderão ser racionalmente resolvidas, mas através de conceitos diversos e racionalmente fragmentados que, desde uma retórica pluralista, podem servir para mascarar a profundidade dos conflitos sociais em lugar de solucioná-los ou, pelo menos, buscar solucioná-los.

Além disso, MacIntyre (2001, p.323) também nos alerta que a justiça desprovida de critérios objetivos, seja porque não entendida como virtude, seja porque alvo de discordância acerca de seu conteúdo, torna-se variada e pessoal, podendo uma aplicação do justo variar em acordo com o tipo de relacionamento que as pessoas mantém.

A justiça, enquanto virtude, evidencia-se como fundamento último do direito, guiando todas as ações dele emanadas e, notavelmente, o direito passa a ser, assim, objeto da filosofia moral. Matos (2012, p. 100), baseado em Gadamer, informa o direito como uma ciência moral e, por conseguinte, como parte da filosofia moral, sendo constituído de aspirações éticas e foco na práxis jurídica.

Em outro momento, Matos (2012, p. 94) nos esclarece que as ciências do espírito, tal como o é o direito, tem por objeto o ser humanos e a compreensão dos seus aspectos racionais e irracionais. No modelo aristotélico

de Gadamer, as questões pertinentes à interpretação de leis e justificação de decisões jurídicas são passíveis de correção moral.

Ao assumirmos o direito como ciência do espírito e, principalmente, como parte da filosofia moral, estamos nos afastando cada vez mais da crítica às investigações que envolvem direito e filosofia moral, em verdade, está-se, agora, em posição diametralmente oposta àquela que condena uma aproximação entre duas esferas compartimentadas do saber, isto é, o direito, para este estudo, não é aproximado da filosofia moral, mas parte dela, suas preocupações, temas, análises são investigações fundamentalmente éticas. A pesquisa acerca da aplicação de uma lei penal, por exemplo, sempre terá em sua base a questão acerca da justiça enquanto virtude, extraindo-se disso, que todas as práticas determinadas ou voltadas para o direito devem estar dirigidas para a correção moral que, desde a ética das virtudes de MacIntyre, aponta para o conteúdo da justiça.

O direito como ciência do espírito nos remete, ainda a outra questão: a da exaltação da ciência como referência para a construção do conhecimento legítimo e, sobre este aspecto, não se está aludindo unicamente às críticas de Posner, mas à própria classificação especializante na qual o CNPq categoriza o conhecimento. Obviamente, esta não é uma crítica voltada ao Conselho em si, pois este é apenas um exemplo do modelo matematizante e cada vez mais compartimentado que tornam os saberes incomunicáveis, como se não coexistissem e se interligassem na vida prática, como se prescindissem uns dos outros na vida cotidiana.

O rechaço à filosofia e o enaltecimento da ciência e seu método são frutos da pretensão de autonomia que as ciências do espírito tem desde a modernidade. Gadamer enfatiza a compreensão das ciências do espírito, sobre si mesmas, como análogas às ciências da natureza, o que para Stein (2012, p. 14-15) acarretou em uma perda para a filosofia de suas áreas tradicionais para as ciências. Contudo, a progressiva autonomia das ciências

humanas não lhes retirou do caminho de convergência, dado o confronto inevitável entre o método das ciências empírico-matemáticas e as ciências humanas.

Gadamer (2011, p. 37-38) chega a apontar que nem mesmo a ciência moral pôde manter-se longe da uniformidade, regularidade e legalidade, as quais, em tese, baniriam a imprevisibilidade da vida humana. Mas este padrão não se fez suficiente para a compreensão das ciências filosóficas. Assim é que a hermenêutica surge para tentar ultrapassar os limites do método das ciências naturais empregado, desde a modernidade, para as ciências do espírito, mas o que há de mais importante é que a hermenêutica não irá tratar sobre um problema de método, mas se debruçará sobre a compreensão como um fenômeno universal que, resistindo ao método científico, também é por conta da experiência da verdade.

Esta reflexão acerca da verdade nas ciências do espírito não se subtrai da tradição, portanto é exigido de qualquer investigação que se proponha hermenêutica a auto-transparência acerca dos preconceitos que orbitam na compreensão, de maneira que estes não sejam apropriados acriticamente. Desta maneira, Gadamer (2011, p. 32) nos ensina que a compreensão, ciente da tradição e crítica desse preconceito, não é subjetiva e por ser uma atividade de todo homem no mundo, porque todo ser humano é dotado de linguagem, é universal.

A linguagem, comenta Stein (2012, p. 183), apresenta o discurso hermenêutico, calcado na história e nos preconceitos, como a representante do que é real e pode tornar-se conhecido, sendo a linguagem assim um elemento que acompanha a razão e não é mero instrumental. Isso nos diz que a linguagem que permeia o mundo privilegia o diálogo e, em lugar da autorreflexão do indivíduo, abre-se a possibilidade do jogo de perguntas e respostas, o qual prioriza a compreensão gerada pelo diálogo.

O diálogo é para Stein (2012, p. 185), assim, a forma universal de comunicação e o elemento universalizador da prática teórica. O perguntar e responder são elementares para a racionalidade prática realizada no diálogo. Chegamos, pois ao ponto chave para a finalização deste tópico: o diálogo preconizado pela hermenêutica é abertura para a ética que se estabelece entre pessoas e não é pensada individualmente. Desde o diálogo somos capazes de alcançar uma compreensão coordenada sobre determinado tema, alargando a nossa própria compreensão e a do outro na convergência por um entendimento comum, assim, o conteúdo da justiça, enquanto virtude, não pode ser, para a hermenêutica, obtido senão por meio do diálogo, o que nos encaminha para uma reflexão ética menos ensimesmada e tendente às arbitrariedades dos contextos pessoais, como alertara MacIntyre.

O direito, uma ciência do espírito, não é aqui compreendido como produto de uma metodologia infalível, mas da racionalidade movimentada pela experiência humana no mundo e na construção deste mundo. A hermenêutica, como propulsora de um compreender amparado na tradição e universalizado pela linguagem, coloca-se como um caminho para o resgate da filosofia que restou marginalizada pela consagração de um método, apresentando-se como caminho para a compreensão do direito enquanto parte da filosofia moral, cuja virtude fundamental é a justiça.

### **Conclusão**

A discussão iniciada neste artigo se deve a preocupação com o direito, especialmente com a filosofia do direito enquanto subárea de uma área situada em uma grande área, conforme classificação do CNPq. Classificação esta, provavelmente, pouco ou nada útil para o pragmatista Richard Posner, incisivo crítico da filosofia do direito e um convicto acerca do descrédito que merecem as investigações da filosofia moral, uma constatação

que se juntou à afirmação de Matos (2013) sobre a insignificância que a filosofia do direito parecia ter para alguns.

Essa desconfiança direcionada à filosofia moral foi a abertura para que um filósofo moral tivesse seu pensamento exposto como meio para tentarmos compreender em que medida a filosofia moral importa para o direito. E outro lado, a hermenêutica filosófica também fez-se presente como alternativa ao direito que, na crítica de Posner, está mais propenso a encontrar a verdade quando embasado cientificamente.

A partir da investigação realizada pode-se dizer que Posner e MacIntyre concordam acerca da falta de critérios morais objetivos que possam guiar nossas práticas. Enquanto Posner esta realidade é o que afasta a presteza da filosofia moral, para MacIntyre o desacordo moral generalizado instiga a maior exploração da reflexão moral. A partir do pensar de MacIntyre sobre a linguagem moral que padece de grave desordem, têm-se que isso resulta da fragmentação moderna de um esquema ético aristotélico, cujo deslocamento de seu contexto e significados primeiros tornaram os debates morais repletos de critérios morais que parecem não descender da mesma racionalidade, acarretando na dificuldade de entendimento e mesmo disposição para uma reflexão conjunta e dialogal por parte dos indivíduos, os quais estão cada vez mais distantes das práticas sociais.

Disso é possível concluir que o estudo combinado entre filosofia moral e história garante um diagnóstico social encorajador de se afastar tanto menosprezo pela filosofia moral. Mas além disso, a ética de MacIntyre também se propõe, de forma erudita, situada historicamente e priorizando o uso da razão, a tornar as virtudes, compreendidas como disposições para obedecer certas normas, em sustento para o alcance de bens internos às práticas, para a narrativa de uma vida individual e para a tradição por nós e para nós construída. Frente à formulação do conceito

de virtude, concluímos que a filosofia moral estudada faz-se capaz de dispor-se racionalmente para a solução dos desacordos morais, sem, contudo recair no que Posner chamara de filosofia moral com validade atemporal. A ética das virtudes em uma superação gradativa das limitações do passado através do exercício da razão prática nas adversidades capazes de nos afastar do *telos*.

A ética das virtudes de MacIntyre já se mostrou responsiva ao desafio de uma desordem moral que nos impede de acordar objetivamente sobre as escolhas que nos dirigem para uma boa sociedade. Como já afirmado, o filósofo não aceita o relativismo e o individualismo como simples características a partir das quais devemos viver e por isso coloca as virtudes no cerne de nossas escolhas com o fito de guiar as práticas e seus bens internos, nossa narrativas e a tradição.

O sucesso na constituição de uma filosofia moral que responda aos problemas atuais foram incentivo para que o direito fosse aproximado da ética. Nesse sentido, a justiça, enquanto virtude inteira, foi mostrada como o critério fundamental sob o qual devem se assentar as decisões e regulamentações jurídicas. A ausência de uma concordância acerca do conteúdo da justiça é sinônimo de diversificação e variação na aplicação do justo. Ao conceber a justiça como fim ético para o direito, concluiu-se, assim, estar o direito voltado para aspirações éticas que o tornam parte da filosofia moral, sendo as decisões e regulações, emanadas de instituições jurídicas, designações para a correção moral.

Enfim, concluiu-se que a constituição do direito como ciência do espírito impede-o de ser entendido como produto de uma metodologia infalível, distanciando-o do método científico e do modo como a verdade é buscada nas ciências da natureza. Assim, ao situar a investigação acerca do direito como forma de hermenêutica, pode-se inferir que sua compreensão se fará racional, caso esteja amparada pelo conhecimento da

tradição que informe os preconceitos que precisarão ser revistos criticamente. Desde a hermenêutica filosófica também afirmamos ser a linguagem que nos permeia o *medium* para o diálogo que enseja a reflexão conjunta, perdida na modernidade, mas possibilitada pela lógica da pergunta e da resposta, a qual impele à reflexão ética conjunta e convergente para a concordância acerca do conteúdo material das virtudes.

## Referências

- ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- CARVALHO, Helder Buenos Aires de. Comunidade moral e política na ética das virtudes de Alasdair MacIntyre. **Ethic@**: Revista Internacional de Filosofia Moral, v.6, n. 3, Santa Catarina: 2007, p. 17-30. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/24537/21797>>. Acesso em 10 de jul. 2016.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 11 ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes/ Editora Universitária São Francisco, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. On the possibility of a philosophical ethics. In: PALMER, Richard E.. **The Gadamer Reader**: a bouquet of the later writings. Northwestern University Press, 2007, p. 274-289.
- MATOS, Saulo Monteiro de. **Uma agenda para uma teoria dos conceitos no Direito**. Revista Amazônia em Foco, v. 2, n. 3. Castanhal, PA, 2013, p. 139-150.
- MATOS, Saulo Monteiro de. O conceito de direito na filosofia moral gadameriana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 1. São Leopoldo, RS, 2012, p. 165 -174.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria mora. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica de Helder Buenos Aires Carvalho. Baurú, SP: EDUSC, 2001.

POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: wmfMartinsFontes, 2012.

SOUZA, Rosali Fernandez de. Áreas do Conhecimento. **DataGramZero** – Revista de Ciência da Informação, v. 5, n. 2, abr. 2004, p. 1-30. Disponível em <<http://ridi.ibict.br/bitstream/123456789/109/1/RosaliDatagramazero2004.pdf>>. Acesso em 10 de jul. De 2016.

STEIN, Ernildo. **As ilusões da transparência**: Dificuldades com o conceito de mundo da vida. Ijuí, RS: Editora Unijuí, 2012.



## **Segunda parte**

### **Violação de direitos e política criminal**



## **ADPF n.º 635: proteção de direitos individuais ou jogo jurídico para a manutenção do status quo**

*Marcellia Sousa Cavalcante*<sup>1</sup>  
*Verena Holanda de Mendonça Alves*<sup>2</sup>

### **Introdução**

Os casos de atuações truculentas por parte das polícias do Rio de Janeiro não são novidades para os meios de informação nacionais e internacionais. Diversos casos alcançaram as manchetes, apontando a violência exacerbada empregada por estes agentes estatais sob as justificativas de cumprir ordens judiciais ou intervenções demandadas por investigações em curso.

Várias são as opiniões geradas pela população ao acessar tal conteúdo. São comuns os argumentos que variam entre a homologação popular de tais práticas (sobretudo quando o título “traficante” é atribuído às vítimas) até a crítica ferrenha relacionada a patente violação de direitos que

---

<sup>1</sup> Graduanda do 5º semestre do curso de Direito da Universidade Federal do Pará. Foi membro-voluntária, no período de 2019 a 2020, do projeto de pesquisa Jurisprudência Socioambiental Positiva (CNPq), vinculado à Clínica de Direitos Humanos da Amazônia, sob a coordenação do Prof. Dr. José Heder Benatti. Ligante da Liga Acadêmica de Direito de Estado (LADE), integrando o grupo de pesquisas em Direito Público e Administração Pública, orientado pela Prof.ª Dra. Arianne Athias. Membro do projeto de extensão Estudos Constitucionais Compartilhados (ECCOM), em grau voluntariado, sob a coordenação do Prof. Dr. Breno Baía. Foi integrante e voluntária do projeto de pesquisa Legitimidade procedimental e substancial do Ministério Público na concretização dos Direitos Humanos (CNPq), sob a coordenação do Prof. Dr. Sandoval Silva, no período compreendido entre 2020 a 2021. Ligante da Liga Acadêmica Jurídico-Criminal (LAJUC), na qual compôs o grupo de pesquisas em Processo Penal em 2020 e, atualmente, integra o grupo Estudos Feministas de Crime e de Gênero. Discente associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

<sup>2</sup> Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Penal e Ciências Criminais pela PUC/RS. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Pará - CESUPA. Professora da Universidade Federal do Pará. Coordenadora do grupo Direito e Segurança Pública. Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia. Membro do grupo de pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos. Inscrita na OAB/PA sob o n 19043.

tais atuações representam ou aos efeitos colonizadores e de manutenção da desigualdade social que geram.

Enquanto este debate perdura, diversas vidas são ceifadas por aqueles que deveriam estar preocupados em mantê-las. Citamos aqui alguns exemplos: Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outras 12 pessoas, mortas em casa em uma intervenção na Favela do Alemão (Favela Nova Brasília); Caio Gabriel Vieira da Silva, 20 anos, morto no Morro dos Macacos em um torneio de futebol; Ana Clara Machado, 5 anos, morta enquanto brincava na rua de Niterói; Marcelo Guimarães, 38 anos e pai de dois filhos, saía do Complexo do Roseiral para o trabalho... Infelizmente, a lista aparentemente não tem fim. Apenas no primeiro trimestre do ano de 2021, foram registradas 453 "mortes por intervenção de agentes do Estado" no Rio de Janeiro<sup>3</sup>

Importante destacar que, apesar das constantes acusações de que uma vítima ou outra esteja envolvida com práticas delituosas, a Constituição Federal de 1988 prevê no seu artigo 5º, XLVII, a, que não pode haver pena de morte como sanção penal aplicada pelo Judiciário ou por qualquer outro representante estatal. Deve-se submeter o indivíduo acusado por uma prática criminosa ao devido processo legal e, após, à responsabilização penal deste.

Na busca por tentar coibir a violência citada, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) apresentou perante o Supremo Tribunal Federal a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635, que ficou conhecida como "ADPF das favelas", na busca por se garantir algo essencial, em síntese: o direito à vida daqueles que residem nestes locais.

O estudo da ação citada é o que motiva o presente trabalho. Aqui, intenta-se responder a seguinte pergunta norteadora: em que medida a

---

<sup>3</sup> Dados divulgados pelo Instituto de Segurança Pública do Estado (ISP), em: <http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/>.

ADPF 635 é capaz de conter a violência policial e garantir o direito fundamental a vida?

Para alcançar a resposta do questionamento citado, o presente artigo será escrito na seguinte ordem: inicialmente serão expostos os detalhes da ADPF em debate; após será ponderada a forma de intervenção policial adotada no Rio de Janeiro e as possíveis finalidades buscadas com tal intervenção; por fim, será analisada a eficácia do instrumento jurídico frente a finalidade das polícias no território nacional (mais especificamente na cidade do Rio de Janeiro) e os dados alcançados com tais práticas.

### **1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 635:**

O Partido Socialista Brasileiro (PSB), com a devida representação no Congresso Nacional, ajuizou APDF n.º 635, em 11 de novembro de 2019, com o intuito de que sejam reconhecidas e sanadas as graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição Federal, que seriam praticados pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, em especial no que diz respeito à excessiva letalidade da atuação policial, voltada sobretudo contra grupos socialmente vulneráveis residentes em áreas periféricas. Na arguição, foram admitidos como *amici curiae* a Educafro, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e a Justiça Global.

Em suma, a ação busca que o Estado do Rio de Janeiro realize e conduza ao Supremo Tribunal Federal, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e o controle de ações que geram violações de direitos humanos através de sua forças de segurança. Não se intenta medidas genéricas, pelo contrário, requer-se a definição de cronogramas e disponibilidade de recursos necessários para implementação.

Além do exposto, a ação constitucional também versa sobre a necessidade de encerrar o uso de blindados aéreos em operações policiais, a urgência de se pensar em estratégias para a proteção da comunidade escolar, assim como a garantia do direito de participação popular na criação e concretização das políticas de segurança pública. Defendem, ainda, a importância de se ter acesso real à justiça por parte da população e a consolidação da obrigação de produzir perícias que incluam a participação da sociedade civil.

Nesse sentido, o STF, face à situação da pandemia da COVID-19, reconheceu a maior vulnerabilidade dos moradores de comunidades, que tenderiam a ficar em isolamento nas residências, fazendo com que pudessem ser, direta ou indiretamente, lesados pelas operações policiais fluminenses. Não se pode obstar que diante de fatos notórios<sup>4</sup> relacionados à morte de crianças, como o caso do menino João Pedro, de 14 anos, vitimado durante uma operação conjunta das polícias Federal e Civil, na comunidade de São Gonçalo (Região Metropolitana do Rio de Janeiro), a mora do estado em efetivar uma política de controle à força policial desmedida foi reafirmada.

A Arguente requereu a tutela provisória inicial em medida cautelar para suspender as incursões policiais em comunidades do estado, enquanto perdurarem os efeitos epidêmicos da COVID-19. O pedido foi referendado pelo Tribunal, por maioria de votos, determinando que:

- (i) sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente

---

<sup>4</sup> Os casos emblemáticos das mortes, por projéteis de armas de fogo, das crianças João Pedro Matos Pinto, Ágatha Félix, Kauê Ribeiro dos Santos e Kauan Rosário, todos com menos de 14 anos, sendo que apenas uma dessas tragédias resultou em denúncia criminal (Caso João Pedro: quatro crianças foram mortas em operações policiais no Rio no último ano, Revista Época, disponível em: <https://epoca.globo.com/rio/caso-joao-pedro-quatro-criancas-forammortas-em-operacoes-policiais-no-rio-no-ultimo-ano-24436851>. Acesso em: 10 ago. 2020).

justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

A medida foi deferida liminarmente, com o reconhecimento de que, caso fosse determinada ao final do processo, um panorama de lesividade de direitos e garantias fundamentais seria potencializado diante da continuidade das operações que repetiram um padrão de violação anterior, ao mesmo tempo em que a possível melhora de quadro da pandemia internacional poderia fazer com que a medida fosse destituída de fundamento completo. Nesse aspecto, a arguição invoca a necessidade de sanar violação a direitos fundamentais, tais como a vida, a dignidade da pessoa humana, o direito à segurança e à inviolabilidade do domicílio, o direito à igualdade e o direito à educação, sem prejuízo do reconhecimento de preceitos de direito internacional.

Ademais, o Partido Socialista Brasileiro, em sede de medida cautelar, requereu outros pedidos, alvos de apreciação em plenária virtual ocorrida de 7 a 17 de agosto de 2020, entre os quais se destaca:

- a) que o Supremo Tribunal Federal determine ao Governo do Estado a elaboração, em noventa dias, de um plano que contenha cronogramas específicos, previsão dos recursos necessários e medidas objetivas para a redução da letalidade policial; de modo a oportunizar a apresentação de manifestações pela sociedade civil, bem como, ao menos, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo, posteriormente, submetido ao escrutínio da sociedade civil, por meio da convocação de audiência pública.

- b) que haja a suspensão da eficácia do art. 2º do Decreto Estadual nº 27.795/2001 e reconhecimento da reprimenda dos efeitos do art. 4º do Decreto Estadual nº 20.557/1994, o qual veda o uso de helicópteros em confronto armado direto e o transporte de armas neles;
- c) que haja a excepcionalidade da realização de operações policiais em perímetros onde estão localizadas creches, escolas, hospitais ou postos de saúde, sendo observado especialmente o período de entrada e de saídas de estudantes, devendo o respectivo comando justificar as razões concretas da realização da operação ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em até 24 horas;
- d) que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro instaure procedimentos investigatórios autônomos nos casos de mortes e demais violações a direitos fundamentais cometidas por agentes de segurança;
- e) que o governador do Estado do Rio de Janeiro, bem como aos órgãos e agentes públicos estaduais, abstenham-se da manifestação de qualquer forma que incentive diretamente a letalidade policial.

Pela complexidade da demanda apresentada junto ao Congresso Nacional, assim como considerando a temática do presente artigo, fez-se a escolha metodológica de priorizar requerimentos de ações de omissão (da atividade policial não excepcional) e de ação, a partir da prática de políticas públicas. Para melhor visualização deste conteúdo:

**QUADRO I - Referenciando os pedidos da primeira medida cautelar**

a) Reformulação da política de segurança pública do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 90 (noventa) dias.	Indeferida, por ora,
b) Interpretação conforme ao art. 2º do Decreto 27.795, de 2001, a fim de restringir a utilização de helicópteros nas operações policiais.	Deferida, em menor extensão.
c) O reconhecimento de que a realização de operações em perímetros nos quais estejam localizadas escolas e creches deve observar a absoluta excepcionalidade;	Deferida.

<p>d) O reconhecimento da competência investigatória do Ministério Público, sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal. A investigação, por sua vez, deverá atender ao que exige o Protocolo de Minnesota, em especial no que tange à oitiva das vítimas ou familiares e à priorização de casos que tenham como vítimas as crianças.</p>	<p>Deferida, com a reafirmação em ementa, de que o exercício da atribuição de investigação deve ser ex officio e prontamente desencadeada, mas que em nada diminui os deveres da polícia de enviar os relatórios sobre a operação ao parquet e de investigar, no âmbito interno, eventuais violações.</p>
--	---

Em síntese, o Min. Edson Fachin entendeu que a arguição se voltava muito mais ao problema da omissão do controle da utilização da força pelo Estado do Rio de Janeiro. Nas palavras do Ministro (ADPF 635, 2020, DJe 21/10/2020, p. 68):

As medidas requeridas, conquanto especificamente possam ser atendidas por meio de outras ações, são apenas acessórias em relação à necessidade de responder às omissões pela (i) definição da estrutura mínima de uma política de redução de letalidade; e (ii) pelo reconhecimento do dever do Ministério Público em proceder às investigações. Pela abrangência, a situação de generalizada violação de direitos humanos só pode eficazmente ser sanada pela atuação desta Corte, em sede objetiva.

De acordo com o Ministro citado, caberia a apreciação da situação pela Suprema Corte, a partir de um exercício de controle de constitucionalidade frente as lesões graves a preceitos fundamentais que ocorreram, motivo pelo qual deu seguimento à utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nesse sentido, a apreciação em sede objetiva indica que cabe utilizar a ADPF para dirimir controvérsia de abrangência generalizada, a ser compatibilizada com o texto constitucional.

O instrumento constitucional da ADPF permite que atos do Poder Público nos quais não haja outro mecanismo para fazer sanar a violação ou ameaça sejam objeto do controle concentrado de constitucionalidade

(DIMOULIS, 2016). Neste caso, é cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver (I) uma violação generalizada de direitos humanos; (II) uma omissão estrutural dos três poderes; e (III) uma necessidade de solução complexa que exija a participação de todos os poderes.

Em tais aspectos, salienta-se que não compete a ação quando existir outro meio eficaz para neutralizar, de maneira ampla, geral e *imediata*, a situação de lesividade a preceito fundamental, em razão da subsidiariedade inerente à ADPF, por força da Lei 9.882/1999, art. 4<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>.

Percebe-se que a reiteração do relator acerca de um estado de omissão atribuído ao Governo do Rio de Janeiro foi utilizada como um dos pressupostos para legitimar a intervenção da Corte. Nesse aspecto, a intervenção deve ser justificada diante de um quadro fático de lesividade constante de direitos e garantias fundamentais ocasionados por uma omissão marcante do Poder Público.

Nesse sentido, a ADPF n.º 635 busca, em apertada síntese, garantir o que deveria ser o óbvio em uma sociedade democrática: o direito à vida dos moradores das favelas do Rio de Janeiro, além da dignidade da pessoa humana e da igualdade na elaboração e implementação de sua política de segurança pública (defende que estas demonstram haver uma política de extermínio direcionada aos cidadãos negros e periféricos fluminenses).

Como resposta, até o presente momento, foi concedida uma liminar pelo Ministro Fachin, no dia 5 de junho de 2020, proibindo operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro enquanto perdurar a pandemia de COVID-19, “salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com

---

<sup>5</sup>Lei n.º 9.882/1999. Art. 4<sup>o</sup> A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1<sup>o</sup> Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro”.

## **2. A Letalidade Policial do Rio de Janeiro Não é Aleatória**

Em 1995 e 1996, o Instituto de Estudos da Religião (ISER) realizou uma das primeiras pesquisas sobre letalidade policial feita no Rio de Janeiro. Um ano após, inaugurou-se a metodologia de pesquisa de vitimização policial e demais agentes da lei. Naquela oportunidade, foi atestado que a violência policial no Estado era numericamente mais elevada que os padrões internacionais registrados (CANO, 1997).

Com o passar do tempo, os dados que já eram alarmantes apresentaram significativa piora. Em 2015, considerando o país inteiro, o percentual de morte decorrente de intervenções policiais, em relação às mortes violentas intencionais, foi de 5,7%. No ano seguinte, o número saltou para 6,9%. O estado que apresentou maior taxa foi o Rio de Janeiro, com assustadores 22,8% em 2018. Colocando em números, a cada 100 pessoas que tiveram suas vidas ceifadas pela intervenção de terceiros, cerca de 18 foram mortes realizadas por policiais (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017, 2019).

Ao estudar os Planos de Segurança do estado em análise, percebe-se que estes afirmam ser possível manter uma estabilidade entre três principais finalidades de atuação: manter um modelo militarizado de policiamento, oscilando entre combater a criminalidade, aplicar a lei e promover a cidadania. Isso pode ser verificado nas intervenções militares que vitimaram os apontados anteriormente.

A ambiguidade citada se iniciou formalmente no Brasil em 2007, com a criação do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pro-nasci), que em conjunto com o Plano Nacional de Segurança Pública, buscava um conjunto de ações de defesa e aprimoramento dos Direitos

Humanos e da cidadania, porém sem alterar o caráter militarizado das polícias nacionais. O governo de Michel Temer (2016-2018) ressurgiu tais orientações (Gusso, 2013; Souza, 2012; Planalto, 2017).

Tal incompatibilidade é ainda mais asseverada no atual governo de Jair Bolsonaro (2019-), que demonstra um esvaziamento das políticas sociais, assumindo um caráter explicitamente militarista e armamentista, aprofundando a vulnerabilidade social, a seletividade penal e autorizando a violência policial contra populações marginalizadas e seus opositores políticos (Costa, 2018, p. 522-523; Souza). Um exemplo destas afirmações são os dados que demonstram que após a assunção deste discurso pelo Poder Executivo nacional, apenas no Rio de Janeiro, em 2019, houve o aumento de 56% na letalidade em ações policiais, quando comparados aos dados de 2018 (Rede de Observatórios da Segurança, 2019).

Importante iniciarmos a presente análise com a seguinte convicção: a letalidade policial não apresenta uma geografia aleatória ou sem propósitos específicos. Trata-se de uma realidade urbana e suburbana, apresentando diferentes nuances de atuação, a depender da cor de pele e da aparente capacidade econômica de seus receptores.

Algumas considerações são importantes de serem realizadas: a polícia é parte integrante do Estado por sua finalidade normativa (em consonância com o artigo 144 da Constituição Federal); assim como todos seus agentes são representantes estatais autorizados e orientados por finalidades previstas em lei e políticas superiores. Pelo exposto, podemos refletir sobre esta política autorizadora de práticas truculentas e violentas (que tem na instituição policial o seu aparato materializador e externalizador), em total desconformidade com a norma constitucional nacional.

Para melhor compreender esta relação, Racière afirma que a ideia do que poderia ser considerada como política seria constituída pela conexão entre dois processos heterogêneos (2014).

O primeiro processo seria o que o autor denomina de “governo” ou “polícia”. Neste, haveria a indução da criação de um consenso comunitário, por meio do qual seria disseminada a distribuição dos lugares, hierarquias e funções, relembrando a ideia de Foucault de disciplinarização dos corpos ou de uma sociedade de vigilância. Destaca-se, aqui, que essa forma de distribuição de espaços e identidades seria uma via de enquadrar o visível (e o invisível) comum, a isso o autor denominou de “partilha do sensível” (2014).

Por sua vez, o segundo processo que fundaria o político seria aquele pertencente à igualdade. Este deveria ser compreendido como uma reunião de técnicas orientadas pela suposição de que todos são iguais e detentores de idêntica capacidade para compreender e perceber tal presunção. Para Rancière, a denominação apropriada para este conjunto de práticas deve ser “emancipação” (2014).

O que existiria, então, seriam duas estruturas diferentes. A primeira apenas reconheceria a existência da regulamentação e caracterização de movimentações e fluxos, impondo uma lógica de imposição e concordância. Essa seria responsável pela manutenção dos indivíduos em seus respectivos postos sociais e econômicos dentro da coletividade.

Enquanto a segunda versaria sua inteligência de forma desincorporada apenas sobre a igualdade e suas formas de exteriorização no mundo pelos sujeitos políticos, se revelando como um dissenso que buscaria retirar os indivíduos de seus lugares determinados pela estrutura anterior. O universo político, então, seria compreendido mediante esta dúplice forma de gerenciar a coletividade.

Nesse sentido, leciona que: *“Há modelos de governo e práticas de autoridade baseados em tal ou tal distribuição de lugares e competências. Essa é a lógica que propus pensar sob o termo de polícia”* (2014, p. 63).

Destaca-se que o autor defende a existência de duas maneiras de contar as quotas da comunidade. A primeira só consideraria em seu computo as partes reais, como grupos efetivos definidos pelas diferenças de nascimento, trabalhos, interesses ou outras vias de caracterizar os indivíduos em uma sociedade. A segunda, por sua vez, contaria além, para algo semelhante a “uma parte dos sem parte”, uma vez que tais caracterizações não seriam necessárias para a existência em comunidade, bem como o dissenso seria respeitado. A primeira se chamaria polícia, a segunda política (2014).

São duas racionalidades, aparentemente, distintas entre si, pois uma tende à caracterização enquanto a outra busca a emancipação de tais estereótipos. Rancière ressalta que seria possível partir de uma ideia massificada de que qualquer polícia negaria a existência de uma igualdade, o que traria como consequência a negativa em relação aos dois processos apresentados. Contudo, defende que a polícia, na verdade, confunde a igualdade, considerando o político como sendo o lugar onde a verificação da igualdade deveria ser considerada como obrigada a encontrar o manuseio da injustiça (2014).

Para o autor, o processo de emancipação seria formado no momento de verificação da igualdade existente em todos os indivíduos, em contraponto as caracterizações impostas e mantidas pela polícia *stricto sensu*, a subjetivação surgiria como uma forma de enfrentamento das injustiças existentes e de resgatar a individualidade dos indivíduos.

Assim, baseado na teoria de Rancière, a polícia *lato sensu* versaria sobre a categorização do social, ou seja, a manutenção dos grupos em locais e ambientes determinados por uma lógica econômica prévia, não aceitando ambientes vazios ou vácuos em relação a indivíduos ou grupos e suas parcelas de sensível, sendo responsável imposição da exclusão da lacuna.

A intervenção policial no espaço público não consistiria em desafiar ou estimular as manifestações populares, pelo contrário, tal atuação se manifesta com o objetivo de dispersar tais movimentos. As palavras: “circulando, não há nada para olhar!”, se tornaram vocábulos corriqueiros externados pelos agentes policiais.

No momento em que a polícia diz que não há nada para ser visto em uma via pública, nada para fazer além de circular, mantém as categorias e a atuação destas conforme um modelo onde o indivíduo tem sua possibilidade de ação diária limitada à classificação que ocupa. O espaço público assume um papel de mero espaço de circulação de indivíduos entre dois espaços privados ou domésticos, organizados segundo uma lógica policial (casa, trabalho, escola, etc.).

Segundo Rancière, a política (democrática) consistiria em transformar tal ambiente de circulação em um espaço de manifestação do sujeito: o povo, os trabalhadores, os cidadãos. Consiste em reconfigurar o espaço, o que há para fazer, para ver.

A polícia *lato sensu* seria a responsável pela caracterização dos indivíduos, dando a cada *grupo* um nome “correto”, os ambientes e as atividades que estes devem exercer. Por sua vez, a política democrática seria considerada como a existência de nomes incorretos, termos impróprios, que articulam um hiato e o conectam com a injustiça (como dispõe Rancière), seria o fim da necessidade de ocupar uma caracterização, a possibilidade de existir um dissenso e de não ser calado pela imposição de um consenso.

Pelo exposto sintetiza-se a ideia da seguinte forma: à polícia *lato sensu* concerne à busca de um consenso, à unificação de opiniões, a categorização do social e à construção de dispositivos, a política democrática remete ao confronto dessas categorias entre si e a explosão das mesmas.

Para Jacques Rancière, a política seria justamente o confronto entre a lógica policial e a lógica da igualdade.

Dessa forma, quando trazemos a teoria exposta para a realidade aqui em debate, percebemos alguns pontos que agora iremos discorrer.

Primeiramente, a polícia ao agir de forma truculenta, não estaria agindo de maneira surpreendente ou contraditória. Pelo contrário, a igualdade não pertence à polícia. Então, ações que perpetuam a desigualdade social e a seletividade dos consumidores penais seriam consequências que poderiam ser esperadas da atuação desta instituição, pois sua origem estaria pautada na manutenção de corpos em espaços sociais bem definidos, ainda que para tanto se faça necessário o uso da violência direta ou indireta.

Faz parte desta finalidade o temor disseminado entre os ocupantes das classes econômicas mais elevadas em frequentar bairros periféricos, com medo de se tornarem vítimas dos mais variados delitos previstos em norma penal. Assim como, para esta lógica o caminho contrário também existe. É crucial que o temor de frequentar bairros ricos também exista em relação aos economicamente desfavorecidos, mas com uma alteração de embasamento, para estes, o temor da intervenção policial e possível constrangimento público acabam se mostrando como os principais motivos desestimuladores. De acordo com a leitura apresentada dos estudos de Rancière, estas são as expectativas que podemos ter sobre a atividade policial em certo território: a manutenção das pessoas em seus respectivos espaços e, conseqüentemente, a perpetuação da desigualdade social.

Como segunda consequência das reflexões expostas, podemos perceber que a igualdade seria alcançada através da efetivação de um modelo democrático que se impusesse contra a atuação policial. Logo, o incremento no quantitativo policial seria inversamente proporcional a efetivação de qualquer direito individual, seja a igualdade, a cidadania ou

qualquer outro. Não seria possível alcançar direitos através da polícia, somente mediante um modelo político de inclusão que pondere todos os sensíveis e considere todos de forma equitativa.

Em terceiro lugar, é importante destacar que não existe a possibilidade de alterar a finalidade da polícia, mantendo-a no território. Conforme lecionado por Rancière, enquanto existir polícia, não será possível alcançar a igualdade, pois haverá a manutenção da separação e da desigualdade social (pois foi, sobretudo, para isso que ela foi criada).

Baseado nesta reflexão, que encontramos guarida na verificação de falência de todos os modelos de policiamento denominados de “comunitários” no Brasil. Os dados iniciais que se demonstravam animadores em relação a uma atuação policial mais democrática e popular, com o tempo, foram substituídos por notícias de cortes de gastos, baixa popularidade das medidas, direcionamento de policiais como forma de castigo, atuações racistas e violentas, bem como a consequente retirada destes dos locais onde tais postos tinham sido instalados. Pela visão do autor citado, isso já poderia ter sido previsto antes de todos estes gastos terem sido realizados, pois uma atuação democrática voltada para a efetivação de garantias individuais não é a finalidade da polícia, logo, não seria através desta instituição que tal finalidade poderia ser alcançada.

Por todo o exposto, percebe-se que as atuações policiais no Rio de Janeiro apresentam o combate à criminalidade apenas como uma desculpa/justificativa social e juridicamente aceitável. Contudo, a atuação desta instituição se apresenta como meio de disseminação do medo, manutenção de postos sociais e caracterizações, bem como de mais uma maneira de externalizar relações de poder e submissão (a ausência de uma governabilidade das polícias pode também ser considerado como um projeto político).

Nesse sentido, propostas comuns nas pautas atuais como: unificação das polícias como uma tentativa de depositar a responsabilidade pelas violências geradas na desregulação da discricionariedade policial; ou, ainda, projetos que buscam estímulos a autonomização predatória. Acabam demonstrando que a única diferença entre estes é o lado político de quem profere tais discursos. Contudo, em relação a finalidade que será alcançada com ambas as perspectivas, na visão de Rancière aqui apresentada, representariam apenas outras possibilidades de manutenção de um status *quo* de desigualdade sociais e violação de direitos individuais.

Não é a quantidade de violência ou a existência de leis em abstrato que determinam os fins em uma democracia. Importante se ter em mente que se a operação policial cria desordem e violência, isso também é uma escolha política que serve para um determinado projeto de poder (nem um pouco aleatório). Logo, quando assistimos notícias de atuações policiais desastrosas como as citadas anteriormente neste texto, o que realmente assistimos é uma política econômica de produção do medo e manutenção do poder.

### **3. Os dados após a ADPF n.º 635**

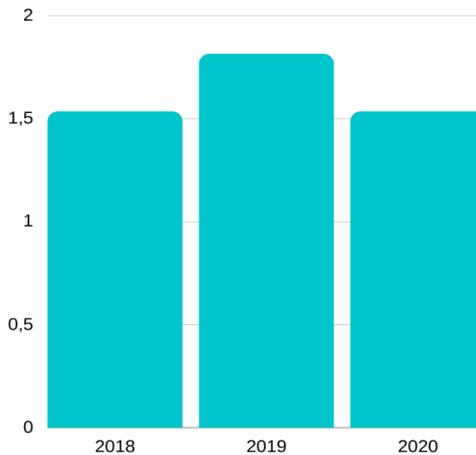
A partir dos pedidos deferidos em sede cautelar, em destaque à limitação da ação policial durante a epidemia da COVID-19 em comunidades do Rio de Janeiro e da vedação do uso injustificado de blindados aéreos em operações policiais, parte-se para a análise de dados produzidos no período de vigência da tutela provisória incidental em medida cautelar, deferida parcialmente em sessão plenária a virtual de 26 de junho a 4 de agosto de 2020, e da medida cautelar parcialmente deferida, em sessão plenária virtual de em sessão plenária virtual de 7 a 17 de agosto de 2020.

Aqui, se pretende indicar que um modelo de política de segurança pública baseado na intervenção policial violenta gera resultados negativos

e não oferece uma resposta adequada ao combate da criminalidade, muito embora os discursos políticos relacionem a forte elevação da intervenção estatal ao êxito da política de segurança pública.

Com base nos indicadores oficiais do Instituto de Segurança Pública (ISP), publicados no documento “Segurança em números 2020”, o qual analisa quantitativamente a evolução dos principais indicadores de criminalidade e atividade policial no estado do Rio de Janeiro de 2003 a 2020, as mortes por intervenção de agente do Estado atingiram o menor patamar dos últimos três anos da série histórica, com 1.254 vítimas, representando uma redução de 31,4% em relação a 2019:

Morte por intervenção de agente do Estado no Rio de Janeiro



Fonte: elaborado pela autoria com base nas informações do ISP e da Secretaria de Estado de Polícia Civil.

O documento destaca que a decisão instituída em junho de 2020, sobre a ADPF 635, representa um fator positivo de diminuição da letalidade policial. Inclusive, o ISP indica que em 2020, foram observadas 56 mortes de policiais militares e nove de policiais civis, um número total menor

comparado ao ano de 2019, no qual morreram 63 policiais militares e quatro policiais civis (p. 6). Os dados indicam que as principais circunstâncias da morte se dividem em Letalidade Violenta (44 mortes), acidente (14) e suicídio (7).

Nesse sentido, mesmo com a medida interventiva da Corte em 2020, a taxa de mortes em intervenções policiais do estado no mesmo ano continua alta, representando mais que o dobro da média nacional, conforme indicado pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública. A taxa de mortalidade por intervenções policiais variou bastante no Brasil em 2020, sendo a taxa média nacional de 3,0 por grupo de 100 mil habitantes. No Rio de Janeiro, a taxa foi de 7,2, o que indica o uso excessivo da violência institucionalizada no cenário local (BRASIL, 2020).

Da análise de quadro fático, a política de enfrentamento bélico adotada na região é uma forma de expressão pública institucionalizada do que as instituições e muitos chefes do Executivo, veladamente, sempre defenderam.

Parte-se para a fonte de dados complementar para reiterar o pressuposto de que a redução da intervenção policial gera resultados positivos, em geral, tanto para a preservação da vida de moradores de comunidades, quanto em favor dos próprios agentes de Estado.

Para tanto, foi utilizado como fonte complementar o relatório “Operações Policiais e Violência Letal no Rio de Janeiro: os impactos da ADPF 635 na defesa da vida”, realizado pelo Grupo de Estudos dos Novos Illegalismos da Universidade Federal Fluminense (GENI/UFF), o qual destaca que em 2020 houve uma redução de 59% no número de operações policiais realizadas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, em relação ao ano de 2019. Ao mesmo tempo, em 2020, houve uma queda de 39% dos crimes contra o patrimônio e 24% dos crimes contra a vida, corroborando estudo anterior do GENI/UFF, o qual esclarece que a queda do número de

operações policiais realizadas não resultou em aumento das ocorrências criminais, mas a sua diminuição.

O cenário de redução de mortes pode parecer promissor, contudo, a decisão do STF vem gradativamente perdendo sua eficácia e alterando os dados anteriormente apresentados. O descumprimento frequente da liminar citada trouxe como resultado o número de operações policiais em 2021 superior as ocorrências do período anterior ao deferimento da decisão (de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021).

Um exemplo marcante de tais afirmações é a recente intervenção na favela do Jacarezinho pela Polícia Civil, em 6 de maio de 2021, que resultou na morte de 28 pessoas. Pela quantidade de vítimas, o massacre do Jacarezinho pode ser compreendido como a operação policial mais letal da história do Rio de Janeiro, tendo ocorrido em um período em que as atuações policiais deveriam ser excepcionais, de acordo com a vigência da decisão do Tribunal Superior.

Conforme demonstrado, a atuação do STF mediante decisão na ação constitucional n.º 635 conseguiu conter a violência policial através da redução de sua atuação em sociedade, não mediante o aumento de sua ação ou de sua discricionariedade. Contudo, ao manter tal instituição no território, conforme lecionado por Rancière e exposto anteriormente, não se consegue contê-la por muito tempo, pois detém uma capacidade expansiva, violenta e autoritária. Não é possível conter, o que foi criado para dominar, não para ser controlado.

## **Conclusão**

O estado de mora do governo do Rio de Janeiro, na consecução de políticas públicas de redução da letalidade policial, tende a fazer com que a intervenção judicial seja vista como um recurso determinante, a fim de

sanar um quadro crônico de lesividade a direitos e garantias fundamentais. Considerando a abrangência da situação de lesividade a preceitos fundamentais, a apreciação da Suprema Corte, por meio de ações de controle concentrado de constitucionalidade, ganha força, o que aumenta as discussões sobre o papel proativo assumido pelo tribunal frente a processos estruturais.

Na doutrina constitucional, as ações estruturais são compreendidas como aquelas destinadas a corrigir falhas estruturais de políticas públicas que violam direitos e garantias fundamentais de um número significativo de pessoas. Posto isso, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, defendeu que o caso disposto na ADPF 635 se adéqua às premissas estabelecidas, por se tratar de graves violações de direitos fundamentais dos moradores de locais submetidos a constantes atos de autoridades estatais, especialmente de grupos vulneráveis que carecem, exatamente, de uma maior proteção do Estado.

Além das violações a direitos patente no país, o que podemos concluir com o presente texto é que a ação constitucional só foi capaz de reduzir a violência policial, quando incapacitou a polícia de agir nos termos do que foi aqui apresentado. A ação buscou impor vias de controle à instituição policial.

Contudo, como Rancière já previa em sua obra, não é possível conter a polícia, esta deve ser vista como uma força pulsante e em constante expansão. Por este motivo pudemos perceber o afrouxamento das imposições dos Tribunais Superiores com o tempo e, conseqüentemente, o retorno da violência imposta (agora ainda maior do que antes), como se o contingenciamento só tivesse postergado uma atuação violentamente certa.

## Referências

- CANO, I. Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos da Religião, 1997.
- Costa, S. Estrutura social e crise política no Brasil. In: Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 61, n. 4, p. 499-533, 2018.
- Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSP, 2017.
- \_\_\_\_\_. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSP, 2019.
- PLANALTO (2017). Presidência da República. Plano Nacional de Segurança Pública vai racionalizar sistema penitenciário. Recuperado de: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/01/plano-nacional-deseguranca-publica-vai-racionalizar-sistema-penitenciario>.
- RANCIÈRE, Jacques. **En los Bordos de lo Político**. *Escuela de Filosofía Universidad ACIS*.
- \_\_\_\_\_. **A Partilha do Sensível- Estética e Política**. São Paulo: Editora 34, 2005.
- \_\_\_\_\_. **O Ódio à Democracia**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.
- Rede de Observatórios da Segurança. Retratos da violência. Cinco meses de monitoramento, análises e descobertas. Rio de Janeiro: Cesec, 2019.
- Santos, A.; Souza, L.; Carvalho, T. Aspectos simbólicos, políticos e práticos da letalidade policial no Rio de Janeiro e em São Paulo durante o Governo Bolsonaro. Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 8, n. 2, p. 17-40, 2020.

## A evolução da cultura do medo no Brasil

*Verena Holanda de Mendonça Alves*<sup>1</sup>

### Introdução

Bauman alerta que “O mundo contemporâneo é um recipiente cheio até a borda de medo e frustração à solta que buscam desesperadamente válvulas de escape” (2000, p. 22).

A vida estaria repleta de nuvíssimas preocupações e apavorantes premonições, estas se tornam ainda mais aterrorizantes quando percebemos seus contornos duvidosos e fontes ocultas. Com o passar do tempo, as criações tecnológicas que, supostamente, serviriam para reduzir os riscos, acabariam sendo usadas como fontes para novos temores.

A partir do século XIX e XX, as sociedades globais se submeteram a uma série de mudanças e a um novo marco histórico. As cidades passaram a ser consideradas como grandes centros, apresentando uma considerável circulação de pessoas e de rendas. As pressões de mercado se consolidaram em territórios onde o próprio Estado permitiu tal intervenção, havendo com isso uma crescente verticalização: os ricos tenderiam a permanecer nesta condição, redefinindo o território para delimitar seus espaços, enquanto os mais pobres afundariam na miséria, completamente destituídos de sistemas de proteção social.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Penal e Ciências Criminais pela PUC/RS. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Pará - CESUPA. Professora da Universidade Federal do Pará. Coordenadora do grupo Direito e Segurança Pública. Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia. Membro do grupo de pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos. Inscrita na OAB/PA sob o n 19043.

A consequência dessa alteração na vida dos indivíduos seria, principalmente, a valorização de bairros nobres, tornando-os grandes polos de investimento urbanos e locais onde os menos favorecidos economicamente não poderiam transitar.

Aqueles que têm a possibilidade econômica de se deslocar ou de defender-se mediante a aquisição de barreiras aos possíveis agressores, o farão frente o temor depositado no abstrato e personificado em determinadas figuras específicas. Esta proteção seria garantida por empresas de segurança privadas que comercializariam aparatos de proteção contra o medo especializados para cada um de seus clientes.

Ações repressivas e as reivindicações comunitárias serviriam apenas para tornar mais suportável uma transformação que se processaria fundamentalmente fora de qualquer controle (BAUMAN, 2009, p. 9).

A insegurança alimentaria o medo. Atrás das fontes de investimento, a guerra contra a insegurança apresentaria relevante destaque na lista de prioridades dos planejadores das áreas cosmopolitas.

Frente a realidade narrada, diversas problemáticas se insurgem. O objetivo do presente trabalho é responder a seguinte pergunta de pesquisa: em que medida a disseminação do medo social orientou políticas penais no Brasil?

Para tanto, inicialmente serão analisados conceitos relacionados ao tema. Após será verificada a evolução histórica da intervenção do medo no território nacional.

### **A distinção entre o medo, o mal e o risco**

Para melhor compreender os limites deste trabalho, importante delimitar qual compreensão usaremos quando tratarmos do medo, do mal e do risco nas linhas que se seguem.

Bauman explica que o medo e o mal seriam vocábulos que poderiam ser considerados como irmãos siameses, ou seja, apesar de diferentes entre si, não seria possível encontrar um sem o outro. Seriam dois nomes de uma mesma experiência: um deles seria referente a percepção visual e auditiva, enquanto o outro versaria sobre o que se sente. Um apontaria para o mundo externo, enquanto outro teria sua percepção voltada para você mesmo. Nas palavras do autor: “o que tememos é o mal; o que é o mal nós tememos” (2008, p. 74).

Por essa percepção, podemos inferir que o mal seria algo difícil de apresentar uma conceituação bem delimitada, pois versaria sobre uma estrutura inefável. Algo que desafiaria a inteligibilidade, que não existiria limites em códigos ou premissas sociais. O mal seria comumente invocado quando não existissem explicações que justificassem algo. O mal simplesmente existiria.

Por muito tempo o conceito de mal era preenchido por uma compreensão religiosa, onde este seria representado pela figura do pecado original, previsto no livro Gênesis da Bíblia. O mal teria surgido quando, ao serem testados, Adão e Eva teriam sucumbido aos desejos, violando os direcionamentos divinos recebidos previamente, merecendo, assim, a aplicação de um castigo (representado pela sua expulsão do paraíso).

Na busca por enfrentar o tema, Agostinho de Hipona, após se converter ao cristianismo, tentando superar uma visão maniqueísta de bem e mal, defende que o bem supremo seria Deus, acima do qual nada existiria e do qual nada de ruim poderia proceder, sendo verdadeiramente eterno e imortal. Todos os outros bens seriam originados dele, mas não o integrariam. (1992, p. 1).

Dessa forma, o mal seria descaracterizado como uma espécie de força paralela ao bem e engendrada como “uma perversão da vontade desviada da substância suprema” (1992, p.16).

O mal seria a ausência de Deus, o distanciamento do considerado como Sumo Bem. Nesse sentido, Deus não criaria algo contrário à sua natureza. O mal seria a deturpação da vontade divina que continuaria insolúvel, uma vez continuar no universo mesmo sendo contrário e não ter sido gerado por seu criador.

Pela compreensão agostiniana, o mal então seria negado como existente em paralelo e de forma antagônica ao bem (como pensavam os maniqueístas). O mal seria um agir contrário a uma determinação ou prescrição divina existente, não teria substância própria, mas seria o produto de uma atuação humana, fruto de uma decisão da própria vontade em desejar realizar algo oposto ao caráter do bem.

Agostinho também é responsável por combater o mal como algo detentor de materialidade, ou seja, a ideia de que este seria tangível, corpóreo. Ontologicamente, o mal seria considerado como um não-ser. Moralmente, seria reduzido ao pecado. Ao aduzir que o mal moral seria considerado como pecado, reconheceria o mal como uma substância, pois o mal continua sendo um não-ser.

Nesse sentido, o autor afirma que: “Procurei o que era a maldade e não encontrei substância, mas sim uma perversão da vontade desviada da substância suprema” (HIPONA, 1987, p. 142).

O mal seria compreendido como algo menor (se comparado com o bem) não poderia ser considerado como existente no universo ou em Deus, mas se apresentaria no próprio homem no momento em que este usaria o seu livre-arbítrio de forma deturpada e sem regras (atuando contra a vontade do Criador). Contudo, ao operar de forma incorreta, seria responsabilizado de forma exclusiva. A culpa seria apenas do homem pelo exercício de sua liberdade distanciada dos ditames divinos. Nesse sentido, o autor explica que:

Cada um é responsável pelo que recebeu. Portanto, se o homem tivesse sido criado de tal modo que pecasse inevitavelmente, seu dever seria pecar. E ao pecar, tanto, faria o que devia, e não faria senão seguir a lei da natureza. Mas já que seria crime falar dessa maneira, segue-se que ninguém é obrigado por sua natureza a pecar. Tampouco é obrigado a ser levado por uma natureza alheia, porque ninguém peca sujeitando-se ao que não quer, por própria vontade. Com efeito, caso se sujeitar justamente a isso, seu pecado não está em que se sujeitou contra sua vontade. Mas só peca quando age voluntariamente, de maneira a dever padecer com toda justiça o que não teria querido sofrer. Pois por outro lado, se o aceitasse injustamente, como pecaria? Efetivamente, o pecado não consiste em suportar alguma coisa injustamente, mas sim em praticar algo injustamente. Posto que ninguém está forçado a pecar, nem por sua própria natureza, nem pela natureza de outro, logo só vem a pecar por sua própria vontade (AGOSTINHO, 1995, p. 202-203).

A vontade adulterada seria a que nortearia o homem ao pecado, ao mal moral. Dessa forma, o mal teria um ensejo: a má vontade humana. O mal seria um não-ser, um distanciamento do bem pela vontade do homem livre. Seria uma escolha incorreta do homem frente a definição das suas prioridades.

A evangelização e a pedagogia do pecado, da morte e da culpabilização pela prática de determinadas condutas e posturas, eram um universo penitencial que viabilizava a interiorização em cada indivíduo individualmente mediante uma experiência subjetiva.

Sobre o tema, em 1793, Kant escreveu o livro *A Religião nos Limites da Simples Razão*, onde defendia que o homem estaria naturalmente sujeito a ser influenciado por boas e más disposições. Este bem e mal surgiriam como dois princípios antagônicos que subsistiriam por si na natureza humana, atuando diretamente na formação do caráter individual.

Em sua teoria, Kant propôs que o ser humano seria, por sua condição e natureza, estruturado e disponível para o bem. Nas palavras do autor,

existiria nesta origem “uma disposição em que absolutamente nada de mau se pode enxertar” (1995, p. 27-28).

Dentro deste pensamento, para que exista também a liberdade, seria necessário que houvesse uma aptidão ou disponibilidade natural para exercer o mal. Este deveria ser mais uma entre as muitas escolhas possíveis de serem tomadas no exercício do arbítrio.

O mal, enquanto probabilidade, estaria conectado à humanidade de modo intrínseco e próprio, de tal forma que esta habilidade para o mal poderia ser considerada uma inclinação para o mal que, embora seja algo alcançado livremente poderia ser percebido como um mal radical congênito.

Quando o autor avalia a origem do mal na natureza humana, defende que “a derivação de um efeito da sua primeira causa, [...], daquela que, por seu turno, não é efeito de outra causa da mesma espécie” (1995, p. 39). Logo, este poderia ser considerado de duas formas diferentes: como origem racional; e como origem temporal.

Em relação a primeira, “tem-se em conta apenas a existência inteligível do efeito” (KANT, 1995, p. 39). Quanto a segunda, “considera-se o acontecer do mesmo, por conseguinte, o efeito como ocorrência é referido à sua causa no tempo” (KANT, 1995, p. 39). Assim ao se analisar a ascendência temporal de uma conduta humana, será possível observar que ela estará conectada a um outro evento no mundo como sua causa natural.

Contudo, no momento em que um efeito estivesse conexo à uma causa a qual ele se encontraria unido segundo leis da liberdade, a determinação do arbítrio que leva à sua realização seria calculada considerando sua ligação ao princípio de determinação somente na representação da razão e, nesse sentido, não poderia ser imaginada como proveniente de qualquer estado pré-existente.

Kant explica, ainda, que “toda a ação má, se buscar a sua origem racional, deve ser considerada como se o homem tivesse imediatamente incorrido nela a partir do estado de inocência” (1995, p. 41). Os comportamentos prévios, eventuais causas naturais existentes ou quaisquer outras circunstanciais que possam influenciar o agente, quando em relação a sua conduta, enquanto agente moral, deve ser considerada sempre como livre (não sendo diretamente realizada por qualquer fator específico). As atuações dos indivíduos deveriam ser julgadas, sempre, como uma efetivação do seu arbítrio.

Dessa forma, ainda que algum ser humano tivesse agido de uma forma que autorizasse sua caracterização como mau, até mesmo quando este mal se torna corriqueiro, quase como algo intrínseco ao indivíduo (uma segunda natureza), no momento em que fosse exercer seu livre-arbítrio novamente deveria considerar sua atuação de forma livre, exercendo seu dever da melhor forma possível, buscando a constante melhora.

Segundo o autor, a existência de um mal moral não teria seu início em uma propensão subjacente para ele, mas na transgressão da lei moral como mandamento de razão, uma vez que seu princípio é fruto do uso da liberdade. Ele seria, então, fruto de uma ação livre da vontade (1995).

Tempos após, Hannah Arendt analisou o abalo internacional gerado quando se tornou conhecido, ainda que parcialmente, o que teria ocorrido em Auschwitz. Destacou a reação de uma grande quantidade de indivíduos frente a impossibilidade de compreender tamanha violência e encontrar justificativas em um mundo dentro de limites aceitáveis de convivência interpessoal. Tal sentimento de instabilidade e inexistência de compreensão teria sido asseverado durante o julgamento de Eichmann em Jerusalém, onde se tentou passar a imagem de que a vontade principal era o cumprimento das leis existentes, exatamente dentro das expectativas destas, logo, a morte de mais de seis milhões de pessoas teria sido apenas

um dano colateral que não poderia ser confundido com a vontade de produzir tal mal (1999).

Ao analisar tal julgamento, a autora avalia a banalização da compreensão de mal na modernidade. Eichmann era um burocrata e como tal, era esperado deste a realização de seu trabalho de forma exemplar, pautado em parâmetros de ponderação corretos e dentro das expectativas da localidade. O que mais assusta, conforme legislativamente apontado na obra, é que este mal, a partir deste período histórico, não estaria mais pautado em uma superficialidade ou na ausência de uma reflexão profunda sobre o tema, pelo contrário, apresentaria embasamento em uma racionalidade (ARENDDT, 1999).

Ao verificar que Adolf Eichmann não foi o único, Arendt alerta que:

Já que uma sociedade respeitável como um todo, de uma forma ou de outra, sucumbiu a Hitler, a máxima moral que determina o comportamento humano e os mandamentos religiosos – ‘Não matarás’ – que guiam a consciência virtualmente desaparecem (ARENDDT, 1999, p. 295).

O fato de a modernidade apostar na origem do mal como produto de uma estrutura racional humana, pode nos fazer refletir sobre a volta que, constantemente, tal estrutura faz: de que o mal é imprevisível, logo, poderia se mostrar a qualquer tempo e de forma completamente aleatória e sem qualquer alerta prévio.

Segundo observado por Susan Neiman, as probabilidades contemporâneas seriam responsáveis por ameaçar até mesmo às tentativas do início da modernidade de separar os males morais dos materiais (2002, p.287).

A atuação humana cruel como consequência de um pensamento racional se apresentaria tão destrutível e eventual quanto um fenômeno gerado por alterações aleatórias da natureza.

Nesse sentido, Bauman afirma que “Os males produzidos por seres humanos parecem agora tão inesperados quanto seus predecessores/companheiros/ sucessores naturais.” (2008, p. 85).

Qualquer pessoa ou formação social, então, poderia sucumbir ao mal. Como alerta Saramago na obra *O Conto da Ilha Desconhecida*, “Não o sabes, Se não sai de ti, não chegas a saber quem és, O filósofo do rei (...) dizia que todo homem é uma ilha. (...) Que é necessário sair da ilha para ver a ilha, que não nos vemos se não saímos de nós” (1999, p. 41). Só conseguiremos perceber que a sociedade que ocupamos sucumbiu, se conseguirmos sobreviver e sair deste espaço que nos é projetado.

Todos os indivíduos racionais, então, poderiam decidir praticar o mal contra o outro. Bauman alerta que:

Ao contrário da visão que normalmente se sustenta, embora sempre de maneira tendenciosa, nem só os monstros cometem crimes monstruosos; e se apenas monstros o fizessem, os crimes mais monstruosos e horripilantes de que temos notícia não teriam acontecido. Nem teriam sido tramados, por falta de equipamento adequado, e certamente falhariam em sua execução por falta de ‘recursos humanos’ adequados (BAUMAN, 2008, p. 89).

Diferente dos pensamentos de Kant em relação ao imperativo categórico, a modernidade não permitiria a universalização das máximas de que nós lutaremos por benefícios para torná-los aplicáveis à nós mesmos.

Conforme Bauman explica, a razão moderna seria voltada para algo completamente oposto a esta visão clássica. A busca por monopólios e o estabelecimento de exclusividade de direitos acaba sendo uma das principais finalidades de uma Era Moderna. A satisfação plena não seria alcançada mediante a estipulação de mandamentos universais (conforme Kant previa), mas esta poderia ser alcançada no momento em que o privilégio de ser aplicada uma norma desejável fosse assegurada àqueles que

agiam em seu nome, recusando a aplicação desta mesma máxima para parcelas que fossem consideradas como inaptas para tanto (2008, p. 87).

A racionalidade moderna teria avançado em direção a tentativa de segurança, sem refletir (ou se interessar) sobre se estas vias poderiam ser vistas como apropriadas para se tornarem propriedades humanas universais. A razão moderna não apresentaria seu enfoque na universalidade, mas na existência de privilégios e bases de superioridade.

Com a percepção de que qualquer um poderia ser vítima ou agressor de uma atuação desarrazoada e brutal praticada por outrem, quando consideramos padrões sociais regulares, seria possível supor que as relações interpessoais em sociedade não conseguirão ser pautadas integralmente em ambientes de certeza e paz social, mas se apresentariam como um espaço perpétuo repleto de insegurança e medo em relação ao outro e ao desconhecido. Neste panorama, todos viveria em constante alerta na busca por sinais e probabilidades de ocorrência do mal contra si.

Quando ponderamos sobre estas incertezas gerais ocasionadas pelo mal abstratamente existente e imprevisível, em conjunto com o temor de sua concretização (o sentimento de medo), percebemos que tal vulnerabilidade gera na população uma tentativa de ponderação sobre as probabilidades de seus receios se concretizarem ou não. Quando versamos sobre este juízo, destacamos que ele não seria exercido pela coletividade de forma equitativa, pois aqui serão considerados fatores sociais e pessoais que seriam os responsáveis por respostas diferentes para cada indivíduo. Contudo, independente da forma como se tenta calcular as possibilidades de concretização do mal, geramos com esta atuação o que se chama de risco, nunca uma certeza absoluta.

O cálculo que se pode tentar fazer para verificar a probabilidade de concretização de um medo em abstrato, não gera um resultado exato,

apenas forneceria uma probabilidade de dano em determinadas circunstâncias de tempo e lugar.

Conforme leciona Jorge da Silva, utilizando-se de aparelhos cada vez mais tecnológicos de busca e identificação de indivíduos, as sociedades modernas gastariam seus investimentos na tentativa de identificar, prever e administrar os possíveis riscos (ofensas a patrimônios e direitos) que pudessem vir a existir. Para tanto, seriam legitimados mecanismos de identificação civil e padronização de indivíduos e grupos. Para tratar destes supostos riscos na comunidade, setores estatais seriam integralmente organizados para alimentar o que o autor denomina de “indústria da (in) segurança” (2008).

Diz-se sociedade de risco, frente à crescente necessidade de proteger (mediante o manto legislativo, ações das instituições policiais e atitudes tomadas no âmbito privado) situações que detenham uma probabilidade de gerar um dano supostamente iminente, ou seja, se consideraria que existe uma potencialidade considerável de determinadas condutas (que se encontrariam latentes) em causar um resultado danoso.

Seria exigida uma visão multidisciplinar do ilícito que passaria a versar não somente sobre as condutas efetivamente realizadas, mas sobre a possibilidade de algumas atuações gerarem uma probabilidade de consequência nevrálgica aos envolvidos. Por este raciocínio, a incerteza sobre o futuro deveria ser atenuada e a atuação dos indivíduos (e as consequências que estas gerariam) poderiam virar um cálculo matemático com resultado exato que apresentaria a maior possibilidade de determinada conduta infringir um resultado danoso certo a algo ou alguém. Contudo, conforme será demonstrado, a tentativa de controle e de previsibilidade em relação aos riscos, não alcança a redução destes, mas a disseminação de um medo do mal como algo abstrato, aleatório e inesperado.

Para Beck a crescente produção de riquezas, a industrialização da sociedade (tanto oriental quanto ocidental) e a exploração natural seriam gradativamente acompanhadas pela produção de riscos. Após tais arrojados serem admitidos em debate público, as instituições da comunidade reverteriam estes perigos em situações controláveis, por meio da capacidade de legislar (criação de leis). Contudo, alerta que a geração de tais riscos, em determinado momento, poderia acabar voltando-se contra a sociedade que o gerou. Destaca-se que, para o autor, a compreensão do risco social não pode ser vista de forma separada a natureza (2011).

Os debates aparentemente necessários para a tomada de decisões na sociedade industrializada seriam realizados apenas para legitimar decisões que teriam sido tomadas de forma prévia por um grupo menor de envolvidos. Assim, seria necessária a modificação de tal lógica, de forma que a coletividade pudesse participar do debate sobre as possíveis consequências em momento anterior ao fechamento das decisões políticas e das respectivas agendas (BECK, 2011, p. 176).

Percebe-se a tentativa de atuação desse “grupo menor” seria voltada à manutenção das categorizações dos indivíduos nas posições onde são colocados socialmente, extraindo desses a possibilidade de deter escolhas para seu futuro, pois o risco que estas podem gerar passaria a ser calculado e criminalizado. Aqueles que intentassem agir contra esse consenso imposto de forma prévia, seriam impedidos. Visualiza-se a reprodução de uma lógica com características econômicas específicas: o direito de ir e vir do indivíduo valeria menos do que o risco ao prejuízo da propriedade alheia.

Para o autor, constituir uma “sociedade de risco” faria com que seus integrantes tivessem uma vida constante na temeridade, frente o fundamento de que a imagem de controle, certeza e segurança que antes

existiam teriam entrado em total colapso, esta seria a resposta primeira (BECK, 2011, p. 2).

Beck destaca que “a cultura do medo vem do paradoxo de que as instituições feitas para controlar o medo produzem exatamente o seu descontrole” (2005, p. 3). Os indivíduos sentirão temor de algo que ainda está prestes a acontecer, mas que não se sabe exatamente o que é. Esta origem de alarme, não se daria de forma aleatória, mas por um meio refletido e escolhido pela reduzida parcela citada.

Baseado no referencial apresentado, risco seria o produto da tentativa de calcular a possibilidade de concretização do medo. Ressalta-se que inseri-lo nos direcionamentos de governança, faria com que a sociedade rumasse para uma lógica de histeria inútil, pois este não seria suficiente para satisfazer as inseguranças sociais existentes, apenas reproduziria escolhas voltadas aos interesses de uma classe dominante.

Nesse sentido, importante distinguir, também, o perigo do risco. Para tanto, Bauman explica que estes vocábulos não deveriam ser considerados como sinônimos, pois apresentariam diferenças. O primeiro poderia ser encontrados com certa exatidão, possibilitando a tomada de medidas específicas para combatê-los. Os perigos seriam acidentais e independem do que fizéssemos ou deixássemos de fazer, seriam distúrbios no caminho pela busca de nossos objetivos. De forma completamente oposta, os riscos seriam aspectos inerentes as nossas ações, estando presente no que quer que façamos, podem ser reduzidos, mas nunca completamente eliminados. Um seria responsável por apresentar uma situação alternativa, o outro demonstraria um quadro aditivo ou adversário (2000, p. 150).

Pelo exposto, em linhas gerais, podemos resumir o aqui exposto da seguinte forma: o medo seria o sentimento abstrato existente em cada indivíduo frente os elementos que acredita serem considerados como incertos e possíveis de lhe afligir de alguma forma indesejada; o mal teria

sido uma criação religiosa que, com o tempo, passou a ser considerado como uma vontade racional e pessoal voltada ao prejuízo alheio ou ao benefício próprio; o risco seria o produto em probabilidade do cálculo realizado para se verificar a possibilidade de concretização de um medo, este nunca apresentaria um resultado preciso.

### **O medo no Brasil**

Um dos primeiros registros apresentado como marco no imaginário nacional do medo, foi a Revolta dos Malês. Em 24 de janeiro de 1835, centenas de africanos ocuparam as ruas de Salvador, na Bahia, enfrentando as tropas armadas da época. O fato gerou uma histeria coletiva, sendo apresentado como resposta um controle enorme sobre a movimentação de pessoas naquele período (BATISTA, 2003, p. 23-24).

Sociedades assombradas pelo medo, normalmente, produzem políticas históricas de perseguição e aniquilamento. A frágil ameaça ao poder incontestes das forças imperiais, não foram condizentes com a magnificação do terror que foi gerado em resposta.

Como efeito de tal revolta, a década de 30 foi marcada por terror e pânico. Os anos que seguiram a revolta foram decisivos para a trajetória do medo em todas as províncias que integravam o Brasil. A Revolta dos Malês foi o motor central da onda de medo que sacudiu o Império, pois os boatos de possíveis novas revoltas se alastavam rapidamente entre as autoridades e os fazendeiros. Apesar da constatação de que não se passava de rumores infundados, o medo não era reduzido, tampouco a intensidade da repressão. O medo passava a ter forma concreta e cor certa: a negra (GOMES, 1998, p. 72-74).

A Revolta Quilombola em Vassouras, no ano de 1838, liderada por Manoel Congo, teria sido o fundamento justificador do temor que se alastava (GOMES, 1998, p. 78).

Apesar do grande debate que houve sobre a possibilidade de rebeliões escravas e possíveis agressões a ordem imposta de forma política e privada, interessante observar que o conteúdo destas discussões não versava sobre a análise dos pleitos questionados pelos escravos, ou seja, negociar sobre o que intentavam com aquelas manifestações públicas (o que poderia de fato resolver as revoltas), mas aplicava-se a violência para manutenção da sociedade de forma hierarquizada como era com as estruturas de poder que já existiam.

Conforme Batista explica: “Delimitar o inimigo como alguém de fora, como o outro, e tratar de estabelecer estratégias de controle duríssimas foram as medidas tomadas. Questionar a escravidão, jamais.” (BATISTA, 2003, p. 28).

A sociedade brasileira da época imperial se mostrava ortodoxa e hierarquizada, necessitando de um medo desproporcional à realidade como fundamento para manter violentas políticas de controle sobre os setores que poderiam se rebelar e implantar qualquer forma de desordem no âmbito econômico e nas relações de consumo existentes naquele período.

A partir do regime escravocrata teriam sido articulados historicamente o direito penal público e o direito penal privado na implantação de um sistema penal genocida, cúmplice das agências do Estado Imperial – burocrata no processo de homicídio, mutilação e tortura de uma parcela muito certa: a população afro-brasileira. Tudo fundado no temor de que esta viesse a se reunir e ocupar os espaços públicos gerando um possível “caos social” (ou seja, a retirada e substituição da ordem vigente por outra que não focasse em uma minoria abastada) (BATISTA, 2003, p. 35). Nas palavras da autora: “O medo do caos é trabalhado a cada ameaça de chegada ao poder das forças populares. [...] A difusão do medo é mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social” (2003, p. 51).

A conjuntura brasileira pós-emancipação é marcada pelo fim do pacto colonial. As elites incorporaram alguns aspectos da modernidade, mas ainda garantiam a permanência do autoritarismo absolutista. O legado do período colonial mercantilista trazia para o Império brasileiro o controle social penal realizado dentro de uma unidade de produção em um poder punitivo, que seria exercido sobre o corpo de uma clientela bem definida (BATISTA, 2003, p. 125).

Após Pedro I decidir abdicar do trono em 7 de abril de 1831, em favor de seu filho D. Pedro de Alcântara, se iniciou um período marcado por revoltas populares, tropas amotinadas e discursos decisivos. Três eram as ideias que disputavam o poder político: à direita os restauradores (“*cararmurus*”); à esquerda liberais radicais (“*farroupilhas*”); e no centro os moderados (“*chamangos*”) (BATISTA, 2003, p. 125).

A dissolução da Assembleia Nacional Constituinte, em 1823, representou a declaração para os nortistas que o novo monarca não assumia qualquer responsabilidade com o sistema representativo e constitucional, além disso, o fato deste laurear e aclamar a atuação dos seus comandantes em prejuízo das forças locais que saíram em defesa do novo Império.

Além dos Malês na Bahia, a Revolução Farroupilha, republicana e igualitária ocupava o sul do país em 1835.

No Nordeste, com base na dissolução da Assembleia Constituinte, Pernambuco e Ceará se rebelam contra a ordem imperial, apresentando, em 1824, à Câmara Municipal de Quixeramobim, uma indicação em que acusava D. Pedro I de traidor da pátria, alegando que sua dinastia estaria “decaída”, sem mais direitos ao trono ou ao governo do povo.

No Pará, a Cabanagem, em 1835 até 1840, se revoltava frente a situação de miserabilidade que mestiços e índios viviam, além dos comerciantes e fazendeiros também estarem descontentes com a nomeação para a província de um presidente que não agradava a elite local.

Os movimentos revolucionários continuaram até 1850 (Sabinada, Balaiada e Praieira), momento em que a base agrário-extrativista entrou em um acordo com o Império, mediante uma aliança conservadora que viria controlar o Estado e massacrar as classes populares (BATISTA, 2003, p. 125).

Um grande medo ocupava os proprietários de norte a sul. As oligarquias temiam as organizações abolicionistas. Os movimentos insurrecionais eclodiam em todo o país contra a estrutura econômica que não se alterava (mesmo após a Independência), bem como por uma estruturação de nação que incluísse as classes marginalizadas, considerando todos como população brasileira.

Mattos, citando Carneiro, explica que na primeira metade do século XIX reações pessoais como fugas, crimes e suicídios passam a ser gradativamente superadas por reações coletivas que buscavam a tomada de poder (como exemplos cita a Revolta dos Malês na Bahia, a de Manuel Balaio no Maranhão e a de Manuel Congo em Pati Alferes). Nesse cenário, o Império se impunha contra as ameaças republicanas, tentando manter uma ideia de unidade e continuidade que acabava se mostrando difícil de adaptar as demandas populares que se insurgiam pela busca da divisibilidade do Império e a alteração da realidade da época (1987, p. 2).

Essas organizações populares demonstram a força da insatisfação social, frente o regime da época. Assimilando lições de revólveres em outros países (principalmente as notícias que vinham do Haiti), a massa explorada pugna por ter voz (que teria sido retirada pelo Império).

Em busca de tal indivisibilidade, o Império centraliza o papel do gestor dos interesses dominantes em uma tentativa de desqualificar a política e incentivar uma atuação administrativa. Nessa relação entre a unidade e a tentativa de continuidade que se formam os pilares do relacionamento

entre o Estado Imperial e a formação das Classes Senhoriais (MATTOS, 1987, p. 91).

Gonçalves defende que os regressistas teriam se valido, em larga escala, de uma atitude cautelosa fundamentada, também, a partir da nomeação e da exacerbação de medos políticos característicos, conexos à assimilação de intimidações à autoridade do Estado, à integridade territorial do Império, às propriedades e monopólios da “boa sociedade, às hierarquias entre povo, plebe e escravos. Nessa ótica, ser virtuoso era ser cauteloso e, dessa forma, tratar o medo como instrumento de manutenção da ordem e de conciliação entre conservação e progresso.” (1995, p.116).

O medo seria percebido como uma virtude e com essa ideia conseguiram ser conciliados progresso e conservação no interior de uma visão liberal que não seria possível de colocar totalmente em prática. A manutenção das negociações escravistas, a concentração da propriedade da terra e a determinação de uma unidade imperial eram os principais problemas dos liberais da década de 30 (GONÇALVES, 1995, p.122).

Gonçalves atribui a vitória conservadora nas eleições de 1836 à caracterização de uma imagem trabalhada no medo à desordem para recompor a imagem do trono como algo necessário para a manutenção do Estado e, conseqüentemente, da ordem (GONÇALVES, 1995, p.116).

O receio das insubordinações e da desordem dispara entre os grupos mais conservadores da elite política, assim um discurso de reserva de direitos e o bramido por maior desempenho repressivo da força estatal policial ganha adeptos.

Percebe-se o clamor por uma realidade pautada em menos liberdade para às dissidências políticas, e mais repressão, contudo, tal intervenção não se daria contra todos, aqui se volta especialmente contra o componente negro e marginal do país.

Batista explica que para que as classes senhoriais pudessem combater os medos e as imposições de vontades que se insurgiram, na década de 30, as elites tiveram que aprender a lidar com uma profunda instabilidade social que teria como pano de fundo “o sentido histórico da crueldade” das relações escravistas e as expectativas do povo brasileiro com relação à Independência, na sua formação como nação. Nesse contexto, penas de morte adquiriram facilitação processual, autorizado pela origem da lei penal nacional (2003, p. 137).

O Império responderia às reuniões revolucionárias carregando para o “futuro as marcas de um sistema penal público/privado, com o poder punitivo incidindo sobre os corpos negros/índios/pobres, com a desqualificação jurídica inventada pela economia escravista, com a intimidade amedrontada do legado inquisitorial.” (BATISTA, 2003, p. 137).

A década de 30 poderia ser verificada como um período histórico onde a manipulação do medo começou a desenhar suas características atuais, ou seja, ser utilizada para excluir determinadas parcelas pobres, mediante a criminalização de seus corpos, tudo patrocinado por um setor privado abastado que vê na desordem algo desfavorável para sua permanência nesta condição econômica. Além disso, esse período também serviu para construir uma nova arquitetura institucional de repressão com novas leis penais e estruturas policiais que atuavam para a concretização da ideologia dominante.

Conforme explica Gonçalves, o medo propicia uma “chave de leitura” para a expansão e manutenção dos monopólios fundadores dos interesses das classes senhoriais. Os restauradores teriam se valido da nomeação de temores determinados e basilares para a expansão de um projeto conservador no momento incerto das Regências (1995, p. 12).

Essa base desenvolvida neste período inicial da história nacional teria se mantido na subjetividade das técnicas de governança nacionais no decorrer das décadas.

Pastana analisa que no território brasileiro o medo social sempre existiria e estaria relacionado a determinados acontecimentos políticos que, em sua maioria, poderiam trazer enorme risco para as liberdades individuais. Isso teria acontecido também durante o Estado Novo, quando foi decretado um Estado de apreensão criado frente uma suposta invasão comunista. Assim como durante o golpe militar de 1964, realizado sobre o fundamento de livrar o país da corrupção e do comunismo para restaurar a democracia (PASTANA, 2003, p. 39).

O golpe militar teria sido o responsável pelo fim do governo do Presidente João Goulart, inserindo o Brasil em décadas de violência sistemática aos Direitos Humanos, de autoritarismo e de manipulação. Com o Ato Institucional I, a dominação política através do medo teria começado a se propagar. Mediante os poderes especiais concedidos por este ato, foi iniciada uma caçada aos adversários do regime, que envolveram prisões e torturas, tendo seu auge em 1968, com o Ato Institucional V (PASTANA, 2003, p. 40).

Segundo Rosa Ficher, teria sido nos anos de 1978/1979 que a emergência da preocupação com o aumento da criminalidade e com o desencadeamento qualitativo e quantitativo dos atos de agressão física no desempenho delinquente teriam se tornado pautas de urgência. Um dos principais responsáveis por tal abertura teriam sido os meios de comunicação (1985, p. 9).

Ao narrar pesquisa feita por Lúcio Kowarick e Clara Ant, Pastana explica que, neste período, teria sido possível perceber a existência de uma ameaça constante que acompanhava o indivíduo em sua rotina diária.

Tratava-se de uma sensação internalizada que integrava a rotina e a estruturação da sociedade (2003, p. 42).

Quando o modelo econômico entra em crise e começa a ser difícil continuar defendendo um discurso de segurança nacional, frente a quantidade enorme de problemas sociais que o país passava (inflação, desemprego, etc.), o “marginal” teria sido a figura escolhida para “exorcizar os fantasmas da nossa classe média, tão assustada com a perda do seu status e a crescente proletarização”. Nesse contexto, as falas dos meios de comunicação e dos políticos do regime sobre a necessidade de aumentar o policiamento existente buscavam a criação de um clima de tensão permanente que “longe de ameaçar o sistema, o consolidava.” (PASTANA, 2003, p. 44).

Aqui, novamente, os governantes teriam optado pelo medo da insegurança para unir uma sociedade desgastada na sua relação com o governo, tirando a atenção do país para os reais motivos causadores das preocupações sociais.

Segundo Adorno, o cenário de medo e insegurança (em relação a criminalidade) teria se agravado durante a transição do regime autoritário para a democracia (ADORNO, 1998). Tal constatação é confirmada por Pastana, que afirma as pesquisas de opinião realizadas no Brasil, começaram a apontar a preocupação da população com a criminalidade no período de transição para a democracia (PASTANA, 2007, p. 93).

Nesse sentido, Pastana explica que:

Não que antes não houvesse suficientes crimes ou semelhante insegurança, no entanto naquele momento tornava-se oportuno para a elite dominante criar um clima de neurose coletiva e social em relação a segurança da população. Uma postura severa, autoritária, brutalizada num primeiro momento poderia servir para impressionar e atemorizar criminosos, funcionando assim como atitude tranquilizadora da sociedade, porém, num segundo momento,

funcionaria para calar qualquer oposição política democrática (PASTANA, 2003, p. 45).

Até os dias atuais, a intervenção estatal com fundamento em discursos de manipulação do medo popular gera seus efeitos principalmente nas eleições, quando visualizamos uma grande quantidade de políticos sendo eleitos para os mais diversos cargos, utilizando-se de argumento base para suas campanhas certas falas punitivistas que exploram o temor popular.

De forma paradoxal, ao mesmo tempo que essa parcela pugna por uma menor ingerência do Estado na economia, demanda uma mega interferência nos setores conectados a segurança e a contenção da violência. Se busca acalento no rigor punitivo do Estado, por mais irônico e antagônico que isso possa parecer.

A questão central que permeou a história do Brasil, seja após a Revolta dos Malês, a abolição da escravatura, a Proclamação da República, até mesmo a Revolução de 30, no suicídio de Vargas, no golpe de 1964, nas conjunturas eleitorais de 1994 e 1998 e até nas eleições de 2018, foi: o pânico gerado pela ideia de ocupação dos espaços públicos pelas classes subalternas e o possível caos social que tal fato poderia gerar.

A manipulação deste temor, seleciona parcelas (normalmente economicamente enfraquecidas) e mantém as estruturas de exploração previamente definidas.

## **Conclusão**

Por todo o exposto, é possível concluir que a intervenção do medo como justificativa para a criação de políticas e a condução da sociedade, não é algo recente no país.

Conforme demonstrado, a manipulação deste medo foi utilizada através da história para justificar perseguições a grupos definidos e ampliar a segregação e a desigualdade social no país.

Normalmente, a justificativa de tal temor é alterada pelas fontes que a divulgam. Não sendo fenômeno novo, ainda se apresenta como prática recorrente, alterando-se apenas o meio pelo qual tais notícias incitadoras de pavor são divulgados em sociedade.

## Referências

- ADORNO, Sérgio. **Consolidação Democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades**. Recife: Bagaço, 1998.
- AGOSTINHO. **O Livre-Arbitrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.
- ARENDT, Hanna. **Eichmann em Jerusalém**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1999.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro, v. I**. Rio de Janeiro: Revan, 2ª edição, 2003.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O reizinho nu e cru**. Rio de Janeiro: O Fio da História, 2001.
- BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BAUMAN, Zigmund. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- \_\_\_\_\_. Tradução Carlos Alberto Medeiros. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Comunidade: A Busca Por Segurança no Mundo Atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Confiança e Medo na Cidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. LYON, David. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

\_\_\_\_\_. **Incertezas Fabricadas**. Entrevista a IHU on-line em 22.mai.2005.

\_\_\_\_\_. **Ecological Enlightenment. Essays on the politics of the Risk Society**. Translated by Mark A. Ritter. New York: Humanity Books, 1995.

BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudo de Sociologia do Desvio**. Rio de Janeiro: Zahar.

GOMES, Flávio dos Santos. **História, protesto e cultura política no Brasil escravista**. In: Escravidão, ofícios e liberdade. Rio de Janeiro: Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro, 1998.

HIPONA, Agostinho de. **Confissões**. Tradução de J. Oliveira Santos, S.J., e A. Ambrósio de Pina, S. J. Introdução de José Américo Motta Pessanha. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

KANT, Immanuel. **A Religião nos Limites da Simples Razão**. Trad. Artur Mourão. Lisboa, 1995.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo: Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

\_\_\_\_\_. **Medo e opinião pública no Brasil contemporâneo**. Araraquara: Estudos de Sociologia, v. 12, n. 22, 2007.

## **Triste Brasil, ó quão dessemelhante: os acórdãos do Supremo Tribunal Federal sobre vagas em creche e o processo para solução de conflitos de interesse público**

*Debora Vieira*<sup>1</sup>

### **1. Noções introdutórias<sup>2</sup>**

Gregório de Matos<sup>3</sup>, alcunhado de “Boca do Inferno” pelo tom satírico que deu aos seus poemas, escreveu sobre a desigualdade econômica e social na Bahia, no soneto “Triste Bahia”<sup>4</sup>. Musicalizando alguns versos do

---

<sup>1</sup> Mestra em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA). Integrante do projeto Jovens Processualistas, uma iniciativa da Processualistas. Advogada/Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

<sup>2</sup> Registra-se os agradecimentos ao Professor Dr. Breno Baia, por ter lido e feito considerações sobre este artigo, quando ele ainda estava em fase de desenvolvimento.

<sup>3</sup> Patrono da cadeira 16 da Academia Brasileira de Letras.

<sup>4</sup> Denunciando as desigualdades sociais, faz-se referência aos seguintes versos de Gregório de Matos:

“Triste Bahia! Ó quão dessemelhante  
Estás e estou do nosso antigo estado!  
Pobre te vejo a ti, tu a mi empenhado,  
Rica te vi eu já, tu a mi abundante.

A ti trocou-te a máquina mercante,  
Que em tua larga barra tem entrado,  
A mim foi-me trocando, e tem trocado,  
Tanto negócio e tanto negociante.

Deste em dar tanto açúcar excelente  
Pelas drogas inúteis, que abelhuda  
Simples aceitas do sagaz Brichote.

Oh se quisera Deus que de repente  
Um dia amanheceras tão sisuda  
Que fora de algodão o teu capote!”

escritor barroco, em uma composição antropofágica, o tropicalista Caetano Veloso escreveu música de mesmo título<sup>5</sup>, durante o apogeu da repressão ditatorial, em álbum lançado em 1972. O sincretismo poético e musical entre Gregório e Caetano tem o intuito de contextualizar não apenas uma Bahia desigual, mas uma aproximação que se estende a um Brasil dessemelhante.

Se o título do álbum “Transa” remete não apenas ao significado óbvio<sup>6</sup>, mas também a qualquer espécie de “transação”, como comércio, troca, diálogo ou conquista (JULIÃO, 2017), liga-se os pontos entre o movimento de contracultura nacional intitulado Tropicalismo, nascido nos anos de chumbo, e as conquistas trazidas pela Constituição da República de 1988, que marcou a redemocratização nacional.

A Constituição de 1988 trouxe a constitucionalização de diversos direitos que outrora eram encarados como políticas, o que, de certa forma, faz com que a situação para a efetivação de tais direitos seja complexa, levando em consideração a variável de que as políticas públicas implementadas pelos governos não foi e não é suficiente para satisfazer a demanda de serviços, seja em quantidade ou em qualidade (SILVA, 2017, p. 384). Por essa razão, não raro os direitos sociais, econômicos e culturais são judicializados, como é o caso do ajuizamento de ações pleiteando o direito à saúde e o direito à educação.

No presente artigo, busca-se avaliar a justiciabilidade do direito à educação infantil, no que se refere ao pedido de vagas em creche, com a

---

<sup>5</sup> No álbum “Transa”, lançado em 1972.

<sup>6</sup> Abre-se um parêntese para a citação de análise literária feita por Rafael Julião (2017), publicada na Revista Terceira Margem, do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Literatura, da UFRJ: “As gravações de Transa aconteceram, como já dissemos, em Londres, em 1971, pouco depois da primeira visita de Caetano Veloso ao país, referida há pouco. O título ecoa não apenas uma gíria corrente na época (“transa” era uma expressão ampla que se referia não apenas às relações sexuais, mas a qualquer forma de “transação”, de comércio, de troca, de diálogo, de conquista), mas também acaba reverberando o nome da rodovia “Transamazônica”, obra monumental da ditadura, que estava recebendo grande investimento publicitário (o próprio Caetano foi “convidado” pelos militares a fazer uma canção propagandística, mas conseguiu se esquivar).”

análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) que abordam a temática, para averiguar se tais decisões costumam dar ou negar provimento a tais pedidos e, mais que isso, quais vias costumam ser utilizadas para pleitear esse direito, especialmente no que tange à via individual ou coletiva.

Para tanto, a metodologia a ser utilizada é a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a fim de abordar o processo de interesse público e as decisões do STF, para responder ao seguinte problema de pesquisa: qual é o perfil de adjudicação do direito à educação infantil que costuma lograr êxito perante o STF?

Primeiramente, pretende-se abordar os direitos sociais, econômicos e culturais na Constituição da República e a sua exigibilidade perante o Judiciário, com enfoque no direito à educação infantil, previsto expressamente na Constituição. Em seguida, será feita exposição do processo nos litígios de interesse público, ressaltando as diferenças do modelo de adjudicação individual para a adjudicação de interesse público, viabilizada pela tutela coletiva e processos estruturais. Em terceiro lugar, serão trazidos os resultados de pesquisa jurisprudencial no Supremo e a análise dos acórdãos obtidos que versem sobre vagas em creche, para avaliar como o Tribunal vem tratando esta matéria e qual o perfil geral das ações.

## **2. Os direitos econômicos, sociais e culturais na constituição da república e sua exigibilidade perante o judiciário: um enfoque no direito à educação infantil**

Reiteradamente, sustenta-se a distinção entre direitos civis e políticos em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, sustentando tal diferenciação em suposto caráter de obrigatoriedade negativa dos direitos civis e políticos, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de obrigações positivas, as quais dependem da aplicação e disponibilidade de recursos (ABRAMOVICH, 2005, p. 189).

Victor Abramovich (2005, p. 190) ressalta que essas distinções tomam por base uma visão oriunda de um Estado mínimo, responsável por garantir somente justiça, segurança e defesa. Entretanto, tal visão não coaduna com o perfil da Constituição da República, a qual, embora mantenha o protagonismo dos direitos civis e políticos<sup>7</sup>, atribui importante papel aos direitos econômicos, sociais e culturais, inclusive constitucionalizando determinadas políticas públicas – sendo esta característica motivo para críticas por parte de alguns autores, em razão de supostas consequências indesejadas causadas pelo enrijecimento de questões que deveriam permanecer elásticas à alternância de poder<sup>8</sup> (COUTO; LIMA, 2016, p. 1065).

A previsão dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição não pode – e não deve – ficar limitada ao discurso eloquente e palatável previsto apenas no texto e incondizente com a sua concretização na realidade, nas palavras utilizadas por Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 385), a referida previsão não deve ficar limitada à “lírica constitucional”<sup>9</sup>.

Ao abordar os desafios e perspectivas para a implementação dos direitos humanos na ordem contemporânea, Flávia Piovesan (2004, p. 28-29) indicou como um dos desafios a conjugação dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais, já que, tradicionalmente, a agenda dos direitos humanos foi centrada nos direitos

---

<sup>7</sup> Refletido, por exemplo, pelos setenta e oito incisos do art. 5º da CF.

<sup>8</sup> Explicando melhor a crítica feita por Cláudio Gonçalves Couto e Giovanna de Moura Rocha Lima (2016, p. 1056-1057): “O fato é que, de uma forma ou de outra, as constituições contemporâneas incidem cada vez mais sobre as ações dos governos, frequentemente demandando ou restringindo a formulação de políticas públicas, influenciando diretamente os produtos do jogo político. A constitucionalização do direito à educação, por exemplo, exigirá que governos se empenhem em garanti-lo. Este processo demanda a mobilização de diferentes atores, tendo em vista que as políticas públicas específicas a serem adotadas passam a constituir objeto de disputa. A constitucionalização de conteúdos substantivos (políticas públicas propriamente, não apenas princípios ou regras procedimentais) abre possibilidades, fornece ferramentas e representa um ponto focal para a organização dos atores sociais ao interpelar os governos. É esperado que diferentes governos atuem de forma a priorizar alguns direitos mais do que outros, dando primazia a políticas que lhes deem efetividade – e esta é sua prerrogativa”.

<sup>9</sup> O autor ressalta que a expressão “lírica constitucional” é utilizada por Robert Alexy (SILVA, 2017, p. 385).

civis e políticos<sup>10</sup>, impactada pela “voz do Norte”, enquanto que, com o passar do tempo, incorporou novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais, no direito ao desenvolvimento, à inclusão social e na pobreza como violação de direitos, permitindo ecoar a “voz própria do Sul”.

Também no sentido de demonstrar os desafios e perspectivas para a implementação dos direitos humanos, a autora (PIOVEZAN, 2004, p. 31) sustentou que a otimização da justiciabilidade e acionabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser observada<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Situando historicamente a crítica quanto ao perfil individualista dos direitos civis e políticos, Samuel Moyn (2018, p. 122) destacou: “Easily the most extraordinary fact about this human rights revolution, from the perspective of ideals about how to distribute the good things in life, is that, with some key exceptions, it unceremoniously purged attention to economic and social rights, to say nothing of a fuller-fledged commitment to distributive equality. It was a striking contrast to the spirit of social rights in the era of national welfare, when they were not only integral to human rights overall but linked to egalitarian idealism and outcomes at the national scale. Now, as if the promise of the Universal Declaration of Human Rights (1948) had never been about national welfare, it was remembered as a charter meant to save the individual from the state’s depredations of civil liberties rather than to empower the state to make individual flourishing and equality a reality. Given that economic and social provisions were canonized in the documents and had been as central to the coming of the national welfare state as they were absent from the new transnational mobilization, it is surprising how easily the reversal was achieved. Perhaps two main reasons explain this shift. For one thing, especially in the global north, Cold War assumptions had long since damaged the 1940s communion of civil and political with economic and social rights, through the sheer force of insistence and repetition. And then, the new visibility of human rights ideals occurred as activists, disillusioned about the failures of socialism, the violence socialist politics sparked, or both—including in socialism’s postcolonial forms—embraced their roles, conceiving of “human rights” as a morally pure form of activism that would not require the exaggerated hopes or depressing compromises of past utopias.”

<sup>11</sup> A Convenção de Viena de 1993 recomendou que sejam adotadas medidas para assegurar a justiciabilidade e exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, como a elaboração de um protocolo facultativo ao pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais (que introduza a sistemática de petições individuais) e a elaboração de indicadores capazes de mensurar os avanços na implementação de tais direitos (PIOVEZAN, 2004, p. 31). Transcreve-se trecho da Convenção de Viena: “27. Todos os Estados deverão oferecer um quadro efetivo de soluções para reparar injustiças ou violações dos Direitos Humanos. A administração da justiça, incluindo os departamentos policiais e de ação penal e, especialmente, um poder judicial independente e um estatuto das profissões forenses em total conformidade com as normas aplicáveis constantes de instrumentos internacionais em matéria de Direitos Humanos, são essenciais para a concretização plena e não discriminatória dos Direitos Humanos e indispensáveis aos processos da democracia e do desenvolvimento sustentável. Neste contexto, deverão ser devidamente financiadas instituições que se dediquem à administração da justiça, devendo a comunidade internacional providenciar pela prestação de um maior apoio técnico e financeiro. Compete às Nações Unidas utilizar, com caráter prioritário, programas especiais de serviços consultivos com vista à obtenção de uma administração da justiça forte e independente”. Sobre o reforço no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, cita-se outro trecho da Convenção de Viena: “Por forma a reforçar o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, deverão ser consideradas novas abordagens, tais como um sistema de indicadores para a avaliação dos progressos realizados na realização dos direitos enunciados no Pacto Internacional sobre os Direitos econômicos, Sociais e Culturais. Deve ser realizado um esforço concertado que garanta o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais aos níveis nacional, regional e internacional.”

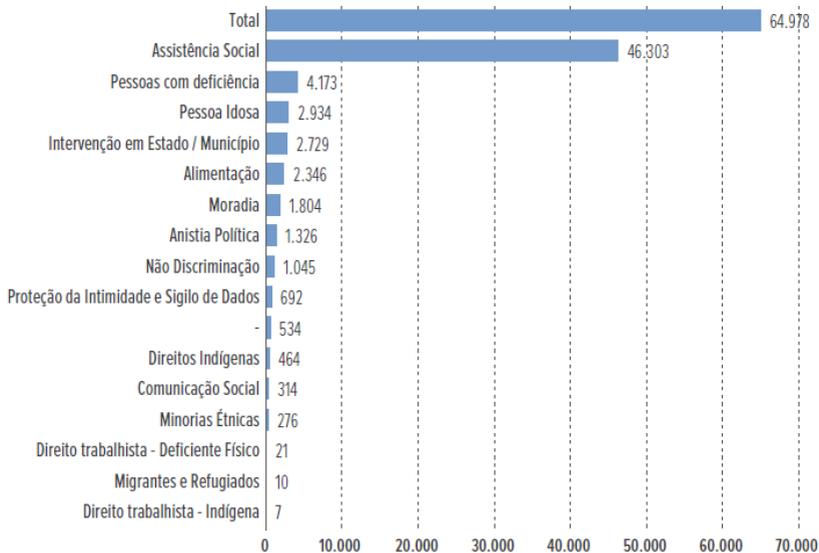
No contexto brasileiro de justiciabilidade de direitos humanos, é importante mencionar os dados trazidos pelo Relatório Justiça em Números de 2021, referente a 2020, produzido anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, valendo a citação de trecho do relatório<sup>12</sup> (CNJ, 2021, p. 301):

Houve um expressivo aumento do número de casos novos sobre Direitos Humanos em 2020 mais do que triplicando o quantitativo referente a 2019 (342% de aumento) considerando a totalidade dos assuntos. Grande parte desse aumento se deu em face de ações sobre assistência social, conforme já destacado, provavelmente em decorrência da pandemia de covid-19 e eventual situação de vulnerabilidade econômica decorrente dessa situação. Mas mesmo considerando as ações sobre assistência social, as demandas relativas a Direitos Humanos tiveram um aumento de 46,8% em relação a 2019 (Figura 230). Dessa forma, não foram apenas afetadas as demandas de assistência social em um ano de excepcionalidade de saúde pública, mas também demais demandas sobre Direitos Humanos apresentam um considerável aumento.

Quanto aos temas sobre direitos humanos levados ao Poder Judiciário, o Relatório (CNJ, 2021, p. 303) apresentou o seguinte gráfico:

---

<sup>12</sup> Explicando a metodologia utilizada (CNJ, 301): “A escolha dos assuntos sobre Direitos Humanos de acordo com as Tabelas Processuais Unificadas do Poder Judiciário seguiu prioritariamente a seleção do ramo ‘Garantias Constitucionais’ dentro da família ‘Direito Administrativo e outras matérias de Direito’. Optou-se por não abranger a árvore de Direito da Saúde e Direito à Educação, tendo em vista que há uma multiplicidade de assuntos dentro desses ramos que poderia distorcer numericamente as demandas pontuais sobre direitos fundamentais, tendo em vista se tratar de um ano de pandemia global.”

**Figura 231 - Assuntos de Direitos Humanos mais demandados em 2020**

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

(CNJ, 2021, p. 303)

Dessa forma, mesmo que ainda exista corrente que utiliza a separação de poderes como argumento contrário à justiciabilidade dos direitos sociais, é necessário ressaltar que os direitos econômicos, sociais e culturais envolvem um leque de obrigações estatais, sendo inadequado alegar que há pouca aplicabilidade judicial desses direitos, já que cada tipo de obrigação reflete diversas possibilidades de ações, desde a denúncia pelo descumprimento das obrigações de não fazer, até a exigência de cumprimento das obrigações positivas (ABRAMOVICH, 2005, p. 198): e esta última liga as pontas com a judicialização do direito à educação.

À vista da judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais, é notável o amadurecimento no tratamento desses direitos pela jurisprudência, bem como a atenção quanto às estratégias de litígio. Diante das

controvérsias nas quais esses direitos estavam imersos – como a legitimidade, legalidade, justiciabilidade –, é possível perceber o resgate de tais direitos e a sua maior incidência nos pleitos apresentados perante o Judiciário (LANGFORD, 2009, p. 99).

Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 384-387) destaca que, diferentemente do que ocorre quanto à proteção dos direitos individuais, quando se fala na concretização dos direitos sociais, necessariamente, envolve-se gastos públicos, o que ultrapassa o simples raciocínio jurídico-formal e a transposição da racionalidade da tradição liberal, baseada em relações exclusivamente bilaterais – entre um credor e um devedor.

Victor Abramovich (2005, p. 195) nega a dicotomia atribuída aos direitos civis e políticos, de um lado, como ensejadores de obrigações negativas e, de outro lado, aos direitos econômicos, sociais e culturais como motivador de obrigações positivas. Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 390-391), por sua vez, contrapõe-se a essa ideia, sustentando que ainda que seja correta a tese de que a realização e garantia de qualquer direito custa dinheiro, é necessário atentar ao fato de que a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais custa *mais dinheiro*, havendo, assim, uma diferenciação – em termos de alocação de recursos públicos – entre decisões judiciais que busquem garantir ou realizar um direito civil e político e decisões judiciais que visem garantir um direito econômico, social e cultural.

A despeito das discussões acerca da obrigação positiva e/ou negativa com relação aos direitos civis e políticos – cujo enfoque não é o deste trabalho –, é inegável que os direitos econômicos, sociais e culturais envolvem obrigações positivas, as quais carecem de recursos para sua implementação, sem que isso exclua a existência de obrigações negativas, como, por exemplo, não piorar a educação.

Portanto, o direito econômico, social e cultural a ser trabalhado é o direito à educação, com enfoque no direito social à educação infantil, constitucionalizado como direito fundamental no art. 6º da CR<sup>13</sup>, de atendimento prioritário, conforme consta no art. 208, IV<sup>14</sup> e no art. 227<sup>15</sup> da CR. Vale ressaltar que o direito à educação básica (aqui, ressaltando-se a vaga em creche) diz respeito não só à criança, mas, também, aos seus pais e responsáveis, tendo em vista que o art. 7º, XXV<sup>16</sup> da CR busca viabilizar o emprego dos genitores, sendo um direito do trabalhador (COSTA, 2017, p. 453), o que demonstra a complexidade dos direitos fundamentais.

Para além da previsão constitucional, o Plano Nacional de Educação do Governo Federal<sup>17</sup> (Lei nº 13.005/2014) estabeleceu como meta nº 1 o atendimento, até 2016, de todas as crianças com idade entre 4 e 5 anos em pré-escola e de 50% das crianças de 0 a 3 anos em creches<sup>18</sup> (COSTA, 2017, p. 455).

---

<sup>13</sup> Redação do art. 6º da CR: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>14</sup> Redação do art. 208, IV da CR: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)”

<sup>15</sup> Redação do art. 227 da CF: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”

<sup>16</sup> Redação do art. 7º, XXV da CR: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;”

<sup>17</sup> É válido mencionar que, ao consultar o site do Governo Federal que trata do desenvolvimento do PNE, há uma seção de monitoramento e avaliação de planos subnacionais de educação, na qual existem duas opções de arquivos sobre “pesquisa sobre organização da demanda por creche”. Entretanto, ao tentar baixar os arquivos, consta um aviso de que o documento não existe, de tal forma que é inexequível acompanhar o monitoramento, em que pese esta aba do site exista para essa finalidade. Para checar: [http://pne.mec.gov.br/index.php?option=com\\_k2&view=itemlist&layout=category&task=category&id=4&order=rdate&searchword=&Itemid=255](http://pne.mec.gov.br/index.php?option=com_k2&view=itemlist&layout=category&task=category&id=4&order=rdate&searchword=&Itemid=255). Acesso em 07/11/2021.

<sup>18</sup> Para consultar o PNE: <http://pne.mec.gov.br/18-planos-subnacionais-de-educacao/543-plano-nacional-de-educacao-lei-n-13-005-2014>. Acesso em 28/07/2019.

Entretanto, a criação de vagas não segue a proporção do crescimento populacional, de tal forma que é possível identificar a violação do direito das crianças, quanto ao acesso ao ensino, e de milhares de mães e pais, quanto à assistência ao trabalho (COSTA, 2017, p. 455). O direito à educação e o direito à saúde constituem as espécies de direitos sociais de maior justiciabilidade perante o Judiciário (COSTA, 2017, p. 454), de tal forma que é interessante realizar a abordagem do processo para a solução de litígios de interesse público, a qual será feita na seção a seguir.

### **3. O processo nos conflitos de interesse público**

A partir de uma análise da evolução da litigância – especialmente do *tipo de litigância* –, é necessário ressaltar o texto paradigmático de Abram Chayes, datado de 1976 e publicado originalmente na *Harvard Law Review*. Este texto ilustra a mudança do perfil das disputas judiciais no que tange a diversos pontos da litigância e é utilizado até os tempos hodiernos para o estudo dos litígios de interesse público.

Para tanto, Chayes (2017, p. 33) retrata que a conceituação da adjudicação civil era limitada à definição de uma ação bipolar, sendo fundada apenas nos direitos discutidos entre os dois indivíduos e seus interesses unitários; a litigância era retrospectiva, isto é, a controvérsia dizia respeito a eventos passados, sem a lógica da tutela preventiva; o direito e o remédio eram interdependentes, cuja reparação tinha direta relação com a violação específica; a ação era contida em um episódio específico de violação e o impacto do julgamento diria respeito apenas àquelas partes; finalmente, o processo era instituído e controlado pelas partes, sendo o juiz mero espectador do litígio.

As linhas gerais acima tratadas não deixaram, obviamente, de ser características de determinadas demandas que versem sobre direitos individuais, entretanto, a virada crucial ocorre quando Abram Chayes

volta a sua atenção para os casos que não comportam o modelo tradicional de adjudicação (CHAYES, 2017, p. 35), como ocorre no afamado caso *Brown v. Board of Education*, no qual a Suprema Corte Norte-Americana julgou as quatro ações coletivas em que crianças negras pleiteavam – por meio de seus representantes legais – a admissão em escolas públicas em um regime livre de segregação racial (SOUZA, 2017, p. 251), desafiando a doutrina “*separate but equal*”.

A decisão judicial proferida no caso *Brown v. Board of Education*, nitidamente, carecia de uma reforma estrutural, tendo em vista que seriam necessários investimentos públicos em escala nacional para implementar a dessegregação nos Estados Unidos, o que vai muito além da afirmação abstrata do princípio de isonomia, previsto constitucionalmente (SOUZA, 2017, p. 255).

Então, a reforma estrutural e a implementação da dessegregação se deu com o caso *Brown II*, de 1955, no qual foram instituídas diretrizes com descentralização do poder de decisão e fiscalização para os tribunais locais, tendo em vista que seria inexequível que a Suprema Corte, por si só, garantisse a implementação da decisão em escala nacional (SOUZA, 2017, p. 256).

Atento às nítidas distinções entre a litigância habitual, envolvendo indivíduos, e a litigância de interesse público, Chayes (2017, p. 53) estabeleceu uma morfologia da litigância de interesse público<sup>19</sup>, a qual é estruturada não em uma bilateralidade rígida, mas sim em um modelo disperso e amorfo, cujo remédio poderá ser negociado, e não imposto, tendo em vista que o juiz não mais ocupa uma postura passiva, mas sim

---

<sup>19</sup> Interessante mencionar que o caso *Brown II* é datado de 1955 e o texto original de Abram Chayes foi publicado em 1976, o que revela a grande influência do caso *Brown v. Board of Education* na virada paradigmática da análise com relação ao tipo de adjudicação civil, dado o perfil estrutural e, portanto, de interesse público, deste julgado da Suprema Corte Americana.

ativa de organização do litígio e acompanhamento do cumprimento da decisão.

Mauro Cappelletti relacionou as mudanças que ocorreram na sociedade – cujo caráter passou a ser massificado – com a litigância civil, de tal forma que as relações humanas passam a ter caráter coletivo, já que carregam correlações entre grupos, categorias e classes de pessoas, ao invés de serem restritas à figura do indivíduo.

Mauro Cappelletti escreveu o artigo “Reivindicando o interesse público através das Cortes”<sup>20</sup>, no qual abordou a temática relacionando as mudanças ocorridas na sociedade contemporânea massificada e seus reflexos no campo da litigância civil, de tal forma que as ações e relações humanas passaram a assumir, cada vez mais, caráter coletivo, tendo direta correlação com grupos, categorias e classes de pessoas, ao invés de serem diretamente ligadas a apenas um indivíduo<sup>21</sup>.

Portanto, diante das duas possibilidades de litigância – individual ou coletiva – para pleitear o direito para o qual está voltado este trabalho, é possível notar que as ações individuais que pleiteiam o direito à educação – representado pelo pedido da vaga em creche – nada mais são do que litigância repetitiva de massa, caracterizada por demandas que refletem apenas uma parcela de um conflito social bem maior (COSTA, 2017, p. 456).

No que diz respeito à litigância individual, é necessário ressaltar que boa parte dos detentores do direito – tanto os pais, quanto os genitores, à vista da outrora mencionada dupla titularidade deste direito – perde-se

---

<sup>20</sup> No original: “*Vindicating the public interest through the courts*”.

<sup>21</sup> Introduzindo o tema, Mauro Cappelletti (2017, p. 73) sustentou: “This is not to say that individual rights no longer have a vital place in our societies; rather, it is to suggest that these rights are practically meaningless in today’s setting unless accompanied by the social rights necessary to make them effective and really accessible to all. Thus, a modern bill of rights, national or international, would protect not only the traditional individual rights (essentially requiring non-interference by governmental authorities with the private sphere of the individual), but also the new social rights which essentially require active intervention by the state and other public entities”.

dentro do que Susana Henriques da Costa (2017, p. 462) chamou de pirâmide da litigância, seja por não conhecer os seus direitos, seja por não ter acesso a instrumentos hábeis para fazê-los valer judicialmente, não chegando, assim, ao Poder Judiciário, havendo um notável obstáculo para o acesso à justiça e, mais que isso, para o acesso ao Judiciário.

Entretanto, os indivíduos que chegam a apresentar seus pleitos perante o Judiciário costumam lograr êxito, com o acolhimento do pedido da vaga. Assim, nos casos em que o indivíduo tem acesso à justiça procedimental – fazendo referência, aqui, ao acesso ao Judiciário –, a judicialização da educação acaba sendo eficiente no que concerne ao acesso à justiça substancial, em outras palavras, o acesso propriamente à vaga, conforme apontou Susana Henriques da Costa (2017, p. 463).

Entretanto, para além da bilateralidade da obrigação nos moldes credor/devedor, a estrutura da litigância individual reflete negativamente no ponto de vista macro do conflito, tendo em vista o seu intrínseco reducionismo e inabilidade de discussão da política pública como um todo, limitando-se apenas à situação do autor da demanda, de tal forma que “as demandas individuais têm apresentado pequeno potencial transformador da realidade social macro”<sup>22</sup> (COSTA, 2017, p. 463).

Por outro lado, o processo coletivo tem o potencial de viabilizar mudanças estruturais – tal como a do caso *Brown v. Board of Education* –, tendo em vista o tipo de adjudicação diferenciado, conforme evidenciou Abram Chayes (2017, p. 53), uma vez que este tipo de adjudicação parte do pressuposto de que os valores constitucionais – aqui, o acesso à educação – somente serão assegurados se forem realizadas mudanças básicas

---

<sup>22</sup> Sobre o tema, vale a citação das palavras de Susana Henriques da Costa (2017, p. 464), a qual sustenta: “Em última análise, diante do desenho institucional e da dinâmica de funcionamento do Judiciário brasileiro, chega-se a uma situação paradoxal trágica: o tratamento judicial individualizado da litigância sobre educação infantil é restrito a parcela ínfima do conflito (acesso à justiça procedimental), porém, é qualificadamente eficiente na garantia de direitos.”

nos arranjos institucionais e nas organizações sociais (COSTA, 2017, p. 465), o que nem sempre é alcançado pelo processo judicial<sup>23-24</sup>.

Embora o processo coletivo tenha este potencial, o que se observa na prática é que os juízes acabam seguindo a lógica da adjudicação civil habitual, adotando uma postura imperativa, e não mediadora dos conflitos sociais, de modo que a consequência disso é a prolação de decisões que são simbolicamente importantes, mas não têm capacidade de alteração da realidade social (COSTA, 2017, p. 467). É necessário reconhecer que a visão clássica do processo não é capaz de retratar com fidelidade a realidade

---

<sup>23</sup> Formulando reflexões críticas sobre os processos estruturais, com abordagem em sua ascensão e declínio, Russell L. Weaver (2004, p. 1628): “In a short paper such as this, it is difficult to provide a comprehensive evaluation of the structural remedy. For a more thorough evaluation, the reader is referred to the many articles on the subject.<sup>62</sup> However, a number of observations are in order regarding the availability and use of structural remedies over the last five decades. First, courts can and should be reluctant to enter structural injunctions. Structural remedies inevitably involve judges in performing nonjudicial functions beyond the scope of their expertise and, sometimes, beyond their assigned role.<sup>63</sup> Courts have involved themselves to a staggering degree, especially in the desegregation cases. As one commentator noted, under structural decrees, courts have “exercised traditionally executive functions by appointing executive and quasi-executive officers responsible to the judiciary and by determining administrative processes in elaborately detailed decrees.” In addition, courts “have exercised legislative functions by setting policy standards for the operation of state and federal programs, including the setting of budgetary requirements.” Second, as a general rule, structural remedies should be used only as a last resort. At the federal level, the United States Constitution divides powers between three separate and relatively distinct branches of government. The Constitution also provides for an allocation of powers between the federal government and state governments, and gives the states a legitimate and important role. As one commentator noted, “the language of the 10th amendment strongly implies that the states are protected from the judicial exercise of legislative or executive powers.” As a result, local school officials, rather than courts, are charged with responsibility for running local schools. Likewise, prison officials are charged with running prisons. Courts are obligated to respect this allocation of responsibilities. Third, even if the federal courts show restraint, structural remedies will sometimes be necessary and appropriate. In both Swann and Hutto, although the courts found serious constitutional violations, state and local officials did nothing to correct them. Brown and the school desegregation cases arose during a period of hostility to school desegregation. Had the courts not imposed structural remedies, it is unlikely that desegregation would have occurred. Indeed, although Brown II ordered schools to desegregate “with all deliberate speed,” most school districts did little or nothing to desegregate. In Swann, which was decided sixteen years after Brown II, the Court still found significant resistance to desegregation. The trial judge gave the Charlotte-Mecklenburg school district three different opportunities to submit desegregation plans, but it never submitted an acceptable plan. In frustration, the trial court appointed an outside expert to create the plan. Ultimately, the United States Supreme Court upheld this approach, noting that “[i]f school authorities fail in their affirmative obligations [to desegregate,] judicial authority may be invoked.”

<sup>24</sup> Os processos estruturais não passam despercebidos às críticas, especialmente no contexto norte-americano, onde já alcançaram certo grau de maturidade (quando comparado com a realidade brasileira, cuja doutrina sobre o tema é emergente e incipiente). Louise G. Trubek publicou texto intitulado “*Public interest law: facing the problems of maturity*”, em 2011, realizando observações muito pertinentes quanto às problemáticas dos processos de interesse público. No entanto, é importante perceber que algumas críticas tecidas pela autora são voltadas à realidade estadunidense, em razão de o regramento das *class actions* ser essencialmente diferente dos processos coletivos brasileiros (embora estes tenham inspiração direta naquelas). O que a maturidade reserva para os processos estruturantes brasileiros? Somente o futuro é capaz de responder, por isso, é necessário ter cautela na construção do instituto à brasileira.

onde, para além de uma igualdade formal, “deixava de fora do sistema um grande contingente de pessoas e interesses” (SALLES, 2003, p. 54).

Os estudiosos do direito processual civil brasileiro vêm construindo uma teoria dos processos estruturais aplicável à realidade nacional, teoria esta cuja inspiração é norte-americana, tendo como protagonistas Owen Fiss e Abram Chayes. Na processualística nacional, Edilson Vitorelli (2018, p. 5) conceituou litígio estrutural:

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema será resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro<sup>25</sup>.

Para tratar do processo estrutural, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria (2020, p. 3) sustentaram que é necessário voltar os olhos, antes, para o conceito-chave de “problema estrutural”, o qual “se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita”. Assim, para os autores, processo estrutural é “aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal” (DIDIER JR., ZANETI JR., ALEXANDRIA, 2020, p. 4).

---

<sup>25</sup> Continuando o raciocínio (VITORELLI, 2018, p. 5): “Alguns qualificativos devem ser agregados a esse conceito. É mais comum que os litígios estruturais envolvam estruturas públicas, porque estas afetam a vida de um número considerável de pessoas e seu funcionamento não pode ser simplesmente eliminado, como ocorre com uma estrutura privada, submetida à lógica de mercado. Todavia, litígios estruturais podem visar a mudança de comportamento de estruturas privadas de interesse público, como aquelas que operam uma função complementar ou associada à função estatal. É o caso dos prestadores de serviços públicos ou de utilidade pública. Em terceiro lugar, é possível que esse litígio seja verificado em relação a estruturas integralmente privadas, mas que são essenciais para o mercado e a sociedade que a circundam, não podendo ser apenas eliminadas e substituídas por outras, segundo as regras do livre mercado.”

Edilson Vitorelli (2018) entende que é necessário distinguir os conceitos de processo estrutural, processo coletivo, processo de interesse público e processo estratégico. Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 42) trata como sinônimas as expressões “processo estrutural” e “processo de interesse público”, por outro lado, Edilson Vitorelli (2018, p. 11) destaca que as fronteiras entre os conceitos são, em alguns momentos, sutis, mas entende que é necessário diferenciar os institutos<sup>26</sup>. Entende-se, portanto, que a judicialização do direito à educação infantil é um processo de interesse público, mas não necessariamente ensejará mudanças estruturais, de modo que nem sempre será, portanto, um processo estrutural.

No que se refere à utilização do processo estrutural apenas para casos que envolvam direito público, Felipe Barreto Marçal (2021, p. 62-63) destacou que não se pode falar mais na separação “direito público” e “direito privado”, nem em “interesse público x interesse privado”, sem adentrar em zonas de interesse, já que as esferas pública e privada são intensamente conectadas. Do mesmo modo, não apenas as instituições ou relações de “direito público” precisam de reformas (pontuais ou estruturais), mas também é possível pensar em reformas em relações de “direito privado” (como relações societárias, falência, recuperação judicial, por exemplo).

É possível perceber o impulso que a doutrina brasileira tem dado à consagração legislativa dos litígios estruturais e processos de interesse público, inicialmente, por meio do Projeto de Lei nº 8.058/2014, que busca a regulamentação da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Atualmente, tramitam os Projetos de Lei nº 4.441/20 e 1.641/21,

---

<sup>26</sup> Vitorelli (2018, p. 11) conceitua processos de interesse público como: “demandas nas quais se pretende efetivar um direito que está sendo negado pelo Estado, não apenas para a parte que está no processo, mas para toda a sociedade de potenciais destinatários daquela prestação. Pretende-se uma ruptura com o comportamento até então adotado, por intermédio de um reforço de legalidade, oriundo da autoridade jurisdicional. É comum que processos de interesse público contenham pedidos que poderiam ser descritos como pouco mais que ‘cumpra-se a Constituição’ ou ‘cumpra-se a lei’”.

com o intuito de promulgar uma Nova Lei da Ação Civil Pública<sup>27</sup> e ambos trazem dispositivos com nítida feição estrutural e clara inspiração na construção doutrinária brasileira.

Voltando aos direitos sociais, econômicos e culturais, é preciso admitir, portanto, que a Constituição da República incorporou diversos objetivos sociais, os quais não são simplesmente a soma das autonomias individuais, mas sim diversas metas e valores. Por conseguinte, a preocupação dos direitos coletivos surge na medida em que as normas constitucionais incorporam objetivos coletivos (SALLES, 2003, p. 56).

Logo, é possível identificar clara correlação entre a preocupação com os direitos econômicos, sociais e culturais trazida no bojo da Constituição da República e o advento da defesa dos direitos coletivos (em sentido amplo), de tal forma que, assim como Abram Chayes identificou a mudança no tipo de adjudicação civil de uma litigância individual para uma litigância de interesse público, é possível conceber esta metamorfose também na realidade brasileira<sup>28</sup>.

Remetendo novamente à mudança do perfil de adjudicação – evidenciada academicamente por Abram Chayes e representada pelo emblemático precedente do caso *Brown v. Board of Education*, outrora mencionado –, constatou-se a mudança também do perfil da Jurisdição, a

---

<sup>27</sup> Também tramita o Projeto de Lei nº 4.778/20, visando uma Nova Lei da Ação Civil Pública, mas este não se insere no escopo de utilização dos institutos em processos estruturais – representando, inclusive, uma possibilidade de grave retrocesso à tutela coletiva brasileira. Embora se reserve espaço para críticas pontuais aos Projetos de Lei nº 4.441/20 e 1.641/21, registra-se algumas possibilidades de avanços técnicos caso algum dos PLs siga adiante.

<sup>28</sup> Sobre o tema, Carlos Alberto de Salles (2003, p. 56) lecionou: “Isso faz com que a defesa judicial dos interesses difusos e coletivos tenha o significado de trazer para o Judiciário a função de adjudicar o interesse público na situação disputada pelas partes. Nessas situações, ao definir o interesse preponderante, a atividade jurisdicional está decidindo sobre objetivos sociais em contraposição. Mais do que isso, à medida que a decisão incide sobre bens coletivos, realiza opções relacionadas com a alocação e apropriação de recursos comuns. Nessa nova tarefa, a atividade judicial, forçosamente, estará deixando de realizar uma justiça apenas corretiva (ou retributiva), para incidir sobre um campo de justiça distributiva, ligada à atribuição individual ou coletiva de recursos comuns. A prestação jurisdicional pretendida nas ações coletivas, embora tendo por base a própria atividade reguladora estatal, tem como objeto o cumprimento dos objetivos sociais contidos nos textos legais ou decorrentes de ações valorativas realizadas pela Constituição.”

qual passou a se propor à garantia de direitos fundamentais (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2013, p. 127).

O encontro do processo de interesse público com o direito à educação se deu, por exemplo, no paradigmático “caso das creches em São Paulo”, lido como processo estrutural e processo de interesse público. Nele, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que tinha posicionamento mnemônico no sentido da impossibilidade de se impor ao Poder Público obrigações de políticas públicas quanto à educação infantil, mudou o seu posicionamento após a decisão do STF, em 2005, reconhecendo a possibilidade de exigir juridicamente o direito à educação infantil (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2013, p. 134).

Nota-se, assim, que as decisões do STF têm o condão de repercutir estruturalmente, de tal forma que, após a breve explanação acerca do processo de interesse público – em contraposição ao processo de interesses individuais –, na próxima seção, este artigo se debruçará sobre acórdãos do STF que versem sobre o direito à educação, com ênfase no pedido de vaga em creche, para avaliar como o STF vem decidindo acerca deste direito.

#### **4. Análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal quanto aos pedidos de vaga em creche**

Primeiramente, no que diz respeito à metodologia de pesquisa da jurisprudência no Supremo, é necessário esclarecer que foi utilizado o termo de pesquisa “vaga creche”, detectando a existência de treze acórdãos.

Dos treze, cinco têm ações individuais como originárias<sup>29</sup>, ao passo que sete das ações originárias são coletivas<sup>30</sup> e uma diz respeito ao controle

---

<sup>29</sup> ARE 1.322.879, relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 11/10/2021; RE 464.143, relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 15/12/2009; ARE 1.063.640, relator Min. Roberto Barroso, julgado em 11/05/2018; ARE 1.101.144-DF, relatora Min. Rosa Weber, julgado em 10/09/2018; RE 1.331.397, relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/20/2021.

<sup>30</sup> SL 770-SC, relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 05/03/2015; AI 410.646, Relator Min. Nelson Jobim, julgado em 05/08/2003; RE 401.023, relator Min. Carlos Britto; julgado em 11/05/2004; AREG. AI 4.033.822, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 02/09/2003; RE 469.819, relator Min. Cezar Peluso, julgado em 12/09/2006; RE

abstrato de constitucionalidade de lei municipal<sup>31</sup>. Doze são acórdãos de julgamento de agravos regimentais interpostos em cada uma das ações, enquanto em uma não houve agravo regimental, restando tão somente o julgamento do recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida. Em todos os casos foi negado seguimento ao recurso de agravo regimental.

O Recurso Extraordinário 733.433/MG, de relatoria do Min. Dias Toffoli, teve sua repercussão geral reconhecida e foi julgado em 04/11/2015<sup>32</sup>. Neste processo, o Município de Belo Horizonte interpôs recurso extraordinário contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sustentando que a Defensoria Pública não seria parte legítima para ajuizar ação civil pública, em decorrência de ausência de previsão constitucional nesse sentido. A Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública com o objetivo de que o Município de Belo Horizonte tivesse a obrigação de manter em funcionamento as creches e escolas de educação infantil da rede municipal de ensino nos meses de dezembro a janeiro, de maneira ininterrupta.

O Ministro Relator se manifestou no sentido de que existe repercussão geral, em razão de que poderia afetar todas as defensorias públicas do país, as quais, ao ajuizarem ações coletivas semelhantes, acabam se deparando com situações em que sua legitimidade para tal é questionada<sup>33</sup>. Ressalta-se, primeiramente, que este processo não versa sobre: 1) pedido de vaga em creche individualmente; 2) pedido de abertura de vaga em creche para uma coletividade de crianças; 3) pedido de construção de creche.

---

463.210, relator Min. Carlos Velloso, julgado em 06/12/2005; RE 733.433-MG, relator Min. Dias Toffoli, julgado em 04/11/2015, com repercussão geral.

<sup>31</sup> RE 861.190, relator Min. Celso de Mello, julgado em 15/12/2015.

<sup>32</sup> RE 733.433/MG, Relator Min. Dias Toffoli, julgamento em 04/11/2015. A decisão pode ser visualizada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10669457>. Acesso em 29/07/2019.

<sup>33</sup> Embora o tema do acórdão identificado pela pesquisa não diga respeito, especificamente, ao tema trabalhado neste ensaio, vale a menção de que o acórdão, em unanimidade, reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas, negando provimento ao Recurso Extraordinário apresentado pelo Município de Belo Horizonte.

O processo versa, especificamente, sobre o pedido de continuação do funcionamento das creches municipais no Município de Belo Horizonte durante o período de dezembro a janeiro. Dessa forma, o objeto do processo destoa do sentido da análise à qual este artigo de propõe, uma vez que este trabalho busca avaliar, especificamente, os processos que versem sobre *vagas em creche*.

Entretanto, é importante mencionar que o referido acórdão se manifesta no sentido de que, se a Defensoria Pública, anualmente, ajuíza milhares de ações para obter, individualmente, vagas para crianças em creches, o acórdão sustenta ser ilógico que não se reconheça a legitimidade da Defensoria para a propositura de uma ação civil pública com o objetivo de obrigar o poder público municipal a zerar o déficit de vagas para o grupo de usuários do serviço público educacional<sup>34</sup>. Ao fazer esta afirmação, o

---

<sup>34</sup> Ainda no acórdão em comento – RE 733.433/MG –, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, destacou questões que versam sobre o processo de interesse público, valendo a menção de suas palavras, pela nítida correlação com as reflexões dispostas na seção 3 deste trabalho: “Por outro lado, a admissão da ação civil pública exige dos atores talvez uma plasticidade e uma compreensão da decisão político-administrativa, que é extremamente complexa; que, muitas vezes, nós, no âmbito do Supremo Tribunal, fazemos mediante, por exemplo, o uso de modulação de efeitos, de decisão de temperamento, porque, do contrário, podemos nos confrontar com a dura realidade. Talvez, aqui, temos que ter sentenças de perfil condicional. Em suma, é um novo desafio que se coloca para a dogmática processual. Eu mesmo já me deparei, quando na Presidência do Supremo, com uma determinação, dada numa liminar em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público, para que se construísse uma UTI neonatal, tendo em vista os paradigmas do Conselho Nacional de Saúde, em Palmas. E isso, aparentemente, atendia todos os requisitos estabelecidos na legislação; portanto, com base na ideia do direito à saúde. Mas ali se impunha multa pelo não atendimento, a partir de um dado prazo. Mas como se lida com isso? Quer dizer, entendi que o direito estava bem observado, tendo em vista os parâmetros, mas suspendi a multa, porque, de fato, essa *astreinte* aplicada talvez ainda dificultasse mais e mais a efetivação do direito pretendido – não sei se estou me fazendo entender em toda a dimensão. Mas o que eu queria chamar a atenção é que se impõe... talvez, ministro Fux, Vossa Excelência venha a presidir uma comissão que trate desse tema, pela politicidade da questão. Não se trata de uma simples sentença de perfil mandamental, tenhamos mais cem mil vagas ou dez mil vagas para as creches e educação infantil, porque isso não se faz. E isso vai exigir desses atores – de quem pede, mas também de quem decide – um entendimento amplo dessas questões ligadas à delicadeza da implementação da política pública.” O que o Ministro ressaltou reflete justamente a necessidade não só de que a Corte exare decisões simbólicas ou meramente representativas do reconhecimento do direito à educação infantil, mas também que estas decisões sejam exequíveis e condizentes com a realidade para que sua implementação logre êxito. Tal qual ocorreu no caso *Brown v. Board of Education*, no qual foi caindo por terra a doutrina do “*separate but equal*”, foi necessário o caso *Brown II* para a real implementação da dessegregação nas escolas, com o estabelecimento de medidas para tal. Portanto, não basta que o Supremo reconheça o direito à educação infantil, embora este reconhecimento tenha se mostrado bastante significativo, à vista da mudança do perfil de julgamento do TJSP, o qual passou a reconhecer o direito à educação infantil, conforme evidenciado outrora neste texto. É necessário, sobretudo, que o reconhecimento do direito à educação infantil seja acompanhado do bom senso e da exequibilidade das decisões, sob o risco de que, caso isso não aconteça, não seja garantido o acesso à justiça substancial, mas tão somente a eloquência do discurso do Supremo.

Relator argumentou, ainda, que a Suprema Corte garante este direito social, remetendo à leitura dos seguintes julgados: RE nº 410.715-Agr/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma; RE 464.143-Agr/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; AI 455.802/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 402.024/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 411.518/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; e AI 592.075-Agr, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma<sup>35</sup>.

Vale ressaltar que o RE 464.143-Agr/SP<sup>36</sup>, de relatoria da Min. Ellen Gracie, foi identificado na busca jurisprudencial realizada e referenciado pelo Min. Dias Toffoli no acórdão supramencionado, a decisão negou provimento ao agravo regimental justamente pelo fato de que ambas as Turmas do STF consolidaram o entendimento que reconhece que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, de tal forma que o Estado deve criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares, havendo a possibilidade de que o Judiciário determine a implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas quando o Estado for inadimplente.

Nota-se, ainda, que o RE 410.715-Agr/SP, de relatoria do Min. Celso de Mello, foi utilizado como *leading case* em diversos artigos científicos que abordaram justamente a mudança do perfil de entendimento do TJSP no que diz respeito à implementação do direito à educação infantil. Válido ressaltar que o processo ao qual se faz referência é uma ação coletiva, ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo contra o Município de Santo André e representou um divisor de águas na jurisprudência do TJSP<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Ressalta-se, desde logo, que, dentre os julgados referenciados, os seguintes são decisões monocráticas: AI 455.802/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 402.024/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 411.518/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. Esclarece-se, ainda, que, entre as jurisprudências referenciadas, as seguintes são acórdãos: RE nº 410.715-Agr/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma; RE 464.143-Agr/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; AI 592.075-Agr, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma.

<sup>36</sup> Para acessar: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608283>. Acesso em 29/07/2019.

<sup>37</sup> Para acessar a decisão: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em 28/07/2019.

A referida decisão reconheceu a necessidade de que o Estado implemente o direito à educação infantil e, mais que isso, que este é um dever inafastável do Estado, sob pena de configurar uma grave violação ao direito fundamental da cidadania, que é o direito à educação, e cuja globalidade alcança o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário às crianças de zero a seis anos de idade. No voto, o relator ressaltou, ainda:

Esse caráter de fundamentabilidade, de que se acha impregnado o direito à educação, autoriza a adoção, pelo Judiciário, de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, mediante utilização, até mesmo, quando for o caso, de medidas extraordinárias que se destinem – consoante observa EMERSON GARCIA (“O Direito à Educação e suas perspectivas de efetividade, in A efetividade dos direitos sociais, p. 149/198, 194, 2004, Lumen Juris) – a tornar efetivo “(...) o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à educação fundamental”.

Em todos os acórdãos mencionados na pesquisa (notas de rodapé nº 29, 30 e 31), foi negado provimento ao agravo, mantendo decisão que reconheceu o direito à educação infantil, seja com o deferimento de disponibilização de vagas em creche, seja para os autores que pleitearam a vaga em creche mais próxima à residência do autor ou do trabalho dos pais ou responsáveis. Dessa forma, vê-se que o direito à educação infantil vem ganhando novos contornos, conforme o amadurecimento da jurisprudência do STF: a) em primeiro plano, é reconhecido, com a necessidade de disponibilização de vagas em creche; b) além de reconhecer o direito à vaga, o Supremo vem entendendo que é necessário que essa vaga seja disponibilizada em local acessível para a criança.

É interessante observar que em alguns casos o agravo regimental foi barrado na admissibilidade, seja pela incidência das Súmulas nº 281 e 282

do STF<sup>38-39</sup>, seja pela Súmula nº 283, também do Supremo<sup>40</sup>. No AI 410.646-6/SP, os dispositivos constitucionais invocados no recurso extraordinário interposto pelo Município de Santo André não foram enfrentados no acórdão recorrido, de modo que não houve prequestionamento das matérias, razão pela qual incidiu a Súmula nº 282 do STF. No RE 401.023-2/SP, no ARE 1.063.640/DF, no ARE 1.101.144/DF e no RE 469.819-6/SP, incidiu a Súmula nº 283, pois em todos eles o STJ negou seguimento ao recurso especial interposto simultaneamente ao extraordinário. Já no ARE no AI 4.033.822-5/SP, incidiu a Súmula nº 281, pois o recorrente não exauriu a instância recursal ordinária.

Particular situação é a do RE 861.190/SP, julgado em 15/12/2015, de relatoria do Min. Celso de Mello. No caso, o Prefeito do Município de Sorocaba é o agravante, enquanto a agravada é a Câmara Municipal de Sorocaba. O agravo foi interposto contra decisão que conheceu e negou seguimento ao recurso extraordinário deduzido pelo agravante. O recurso extraordinário foi interposto contra acórdão que, proferido em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade (art. 125, §2º, CR) pelo órgão especial do TJSP, entendeu, em ação direta de inconstitucionalidade, que a Lei 10.591/2013 (que impõe o fornecimento de protocolo ao pedido de vagas em pré-escolas e creches municipais) não apresenta vício de iniciativa do projeto de lei municipal, já que a norma não regula matéria estritamente administrativa, apenas disciplinando a ordem de atendimento aos interessados em vagas em creches ou pré-escolas municipais, para garantir a obrigação constitucional.

---

<sup>38</sup> Redação da Súmula 281 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

<sup>39</sup> Redação da Súmula nº 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

<sup>40</sup> Redação da Súmula nº 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

A ADI foi julgada improcedente, o que levou o prefeito de Sorocaba a apelar, sustentando que o tribunal *a quo* havia transgredido preceitos inscritos na Constituição, como a harmonia e a separação de poderes. No referido caso, o MPF opinou pelo improvimento do recurso extraordinário, pois a legislação visava apenas observar a transparência dos atos do Poder Público. O acórdão que julgou improcedente a ADI foi mantido pelo STF.

Pontua-se que em todos os casos a parte recorrente é a Fazenda Pública, impugnando decisões que reconheceram o direito à educação infantil e todos os agravos tiveram seu provimento negado.

A partir da análise empírica dos acórdãos do STF obtidos com a utilização do termo de pesquisa “vaga creche” é possível concluir que: i) o Supremo vem entendendo pela prevalência do direito à educação infantil, mantendo as decisões que julgaram procedente o pedido de vaga em creche; ii) Esta é uma tônica observada tanto em ações individuais, quanto coletivas, além de ser também uma faceta da manutenção do julgamento de improcedência da ADI; iii) Além do pedido direto pela vaga em creche, observa-se que os pedidos vêm sendo lapidados, a exemplo da solicitação de vaga em creche próxima à residência da parte autora, além do caso de controle abstrato de constitucionalidade realizado, o qual reconheceu não apenas o direito à vaga em creche, como a constitucionalidade de lei que institui protocolo de acompanhamento e publicidade dos atos do Poder Público quanto à espera pela disponibilização das vagas em creche e pré-escola no município de Sorocaba/SP.

### **Considerações finais**

O presente artigo iniciou a abordagem demonstrando que a Constituição da República trouxe um caráter social, com o reconhecimento e positivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, vistos, não raro, como políticas. Dessa forma, o constituinte registrou o compromisso de

implementação de políticas públicas referentes à educação, moradia e saúde, por exemplo. Com o passar nos anos, viu-se que tais políticas públicas tiveram a implementação aquém da necessidade da população, o que levou à judicialização de políticas públicas, solicitando ao Judiciário vagas em hospitais, medicamentos, vagas em creches, entre outros exemplos.

Triste Brasil, ó quão dessemelhante... “Estás e estou do nosso antigo estado! Pobre te vejo a ti, tu a mi empenhado”. Parafrazeando Gregório de Matos, cujos versos foram parcialmente musicalizados por Caetano Veloso no álbum *Transa*, durante o período ditatorial, revive-se a poesia e a música do “Boca de Inferno”, denunciando um Brasil que não foi capaz de concretizar as máximas de sua Constituição social.

Por isso, os pedidos de implementação de políticas públicas são levados ao Judiciário, seja por ações individuais ou coletivas, desaguando em problemáticas de separação de poderes, planejamento orçamentário e desorganização da “fila” de quem espera sem judicializar o pleito. Não são poucos os problemas, mas é inenquívvel assistir ao Brasil dessemelhante e simplesmente dar de ombros, o que leva às diversas iniciativas dos legitimados ativos coletivos e dos autores individuais.

A jurisprudência do Supremo foi determinante para a mudança de entendimento em Tribunais de Justiça no Brasil, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual modificou o seu entendimento quanto à judicialização do direito à educação infantil, refletida na decisão da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, a qual representou uma alteração no padrão decisório do referido Tribunal.

Foi nesse contexto que o “caso das creches de São Paulo” se tornou uma referência no estudo dos processos estruturais no Brasil, doutrina que vem sendo construída paulatinamente, com nítida inspiração norte-americana (assim como a própria tutela coletiva brasileira, também inspirada nas *class actions* americanas). “*Disseram que eu voltei americanizada*”,

cantou Caetano os versos de Carmem Miranda no álbum “Circuladô Vivo”. O cuidado que deve ser tomado é, sobretudo, manter a atenção às importações dos institutos, para que se suporte o breque do pandeiro e seja preservada a realidade brasileira ao colocá-los em prática – pois, mesmo nos Estados Unidos, já há críticas quanto aos processos estruturais, conforme demonstrado.

A partir de pesquisa jurisprudencial, utilizou-se o termo “vaga creche” para investigar os acórdãos do Supremo que tratam do tema. Foram obtidos treze acórdãos, sendo um referente a recurso extraordinário interposto em controle abstrato de constitucionalidade, sete ações coletivas (uma delas, com repercussão geral reconhecida) e cinco ações individuais.

Pela leitura dos acórdãos, chegou-se à conclusão que a tônica do STF é de ampliar cada vez mais a interpretação a favor do reconhecimento do direito à educação infantil, não apenas pela vaga em creche, em si, mas também reconhecendo a necessidade de que a vaga seja ofertada em local próximo à residência/trabalho dos pais ou responsáveis, além de ter reconhecido a constitucionalidade da lei que foi objeto de ADI, visando a garantia da publicidade dos atos do Poder Público quanto à organização das filas de espera.

O artigo representa importante avaliação do perfil decisório do STF quanto aos pedidos de vagas em creche, sendo relevante para o estudo do processo de interesse público – em outras palavras, é interessante para a avaliação constitucional de judicialização de direitos sociais (no caso, o direito à educação infantil) e, processualmente, é válido para o estudo do processo de interesse público e de como esses pedidos são levados ao Supremo Tribunal Federal, concluindo-se que são utilizadas tanto a via individual, quanto a coletiva, e ambas costumam obter êxito.

## Referências

- ABRAMOVICH, Victor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. SUR. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 2, p. 188-223, 2005. Disponível em: [www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/2](http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/2).
- CAPELLETTI, Mauro. Vindicating the public interest through the courts. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 70-117.
- CHAYES, Abram. The role of the judge in the public law litigation. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 31-67.
- COUTO, Cláudio Gonçalves; LIMA, Giovanna de Moura Rocha. Continuidade de Políticas Públicas: A Constitucionalização Importa? **Dados**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, p. 1055-1089, Oct. 2016.
- COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 449-471.
- DIDIER JR., Fredie. ZANETTI JR., Hermes. ALEXANDRIA, Rafael. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista Brasileira**, vol. 303/2020, versão eletrônica.
- FISS, Owen. As Formas de Justiça. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 119-167.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Brasília: Gazeta, 2016.

JULIÃO, Rafael. Triste Bahia: Caetano Veloso e o caso Gregório de Matos. **Revista Terceira Margem**, vol. 21, n. 36 (2017). Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/tm/article/view/17831/10820>

LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. SUR. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 11, p. 99-133, dez/ 2009. Disponível em: [www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/11](http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/11).

MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos Estruturantes**. Salvador: Juspodivm, 2021.

MOYN, Samuel. **Not Enough: Human Rights in na Unequal World**. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2018.

PIOVEZAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 1, número 1, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. In SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 40-77.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 383-396.

SOUZA, Fernando Garcia. Política Educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954)* – Julgamento em 17 de maio de 1954. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 251-254.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. In **Revista de Processo**, v. 224, p. 122-152, Out/2013.

TRUBEK, Louise G. Public interest law: facing the problems of maturity. *UALR Law Review*, v. 33, n. 4, p. 417-433, 2011.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284/2018, versão eletrônica.

VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, vol. 7/2018, versão eletrônica.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2020.

WEAVER, Russel L. The rise and decline of structural remedies. *San Diego Law Review*, v. 41, p. 1.617--1.632, 2004.

## **Terceira parte**

### **Direito, Estado e relações público-privadas**



# **A atuação de empresas transnacionais no mercado internacional: um estudo sobre o modo de operação destas e a desregulamentação impositiva do direito internacional**

*Rafaela Teixeira Sena Neves*<sup>1</sup>

*Alice Beatriz Barreto Carneiro Valeriano Lopes*<sup>2</sup>

*Anna Júlia Reis Araújo dos Reis*<sup>3</sup>

## **1. Introdução**

A efetiva integração instalada entre os países é um dos frutos advindos do processo de globalização, o qual também ocasionou o crescimento de atores não-estatais, a exemplo das empresas transnacionais que, devido ao poderio econômico adquirido ao longo dos anos, as tornaram cada vez mais influentes do que os próprios Estados.

Diante desse cenário, o crescimento constante das empresas transnacionais e sua conseqüente expansão pelo globo não foram acompanhadas de normas reguladoras efetivas capazes de prevenir e responsabilizar os violadores por eventuais danos, em decorrência, principalmente, da falta de instigação do Direito Internacional em reflexo ao direito interno. Apesar da ausência de regras impositivas, é frequente a manifestação dos doutrinadores do Direito Internacional sobre a necessidade de modificar tal realidade, no sentido de delimitar critérios reais para a responsabilização, seja por deveres negativos ou positivos. Do mesmo modo, é possível verificar essa ausência ao analisar dois eventos danosos ocorridos no Brasil,

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal do Estado do Pará. Professora do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Advogada.

<sup>2</sup> Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Pará.

<sup>3</sup> Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Pará..

mais especificamente na Amazônia, como é o exemplo do Projeto Ferro Carajás e Naufrágio no Município de Barcarena/PA.

Visando demonstrar como as empresas transnacionais não atentam aos seus encargos, a pesquisa visa responder quais os aspectos que demonstram a necessidade de uma regulamentação impositiva acerca da responsabilização de empresas transnacionais ao se instalarem nos Estados.

Em relação à metodologia, foi utilizada a pesquisa bibliográfica sobre empresas transnacionais, o direito internacional público e privado, tratados e legislações internacionais, além de proceder à análise crítica de artigos científicos, decisões e doutrinas. Além do estudo de campo acerca dos desastres mencionados, assim como o depoimento de indivíduos das comunidades afetadas pela interferência destas empresas.

## **2. Influência da globalização ao crescimento das empresas transnacionais**

O fenômeno da globalização remonta há um processo secular, desde o mercantilismo, entre os séculos XV e XVIII, com o chamado “Capitalismo Comercial” até a Terceira Revolução Industrial, a partir da década de 50, sendo o acontecimento substancial para a globalização presente nos tempos atuais.

Com a Terceira Revolução Industrial foi possível a convergência do estudo científico para a produção industrial, ocasionando as inúmeras tecnologias atuantes no globo. Nesse período, com o desenvolvimento das áreas da informática e tecnologia foi possível alcançar uma maior conectividade entre vários polos do planeta, originando superpotências industriais responsáveis por uma cadeia informacional existente atualmente, sem a qual, estas empresas não teriam tanta influência, bem como o capitalismo não representaria tanto poder como é observado nos dias atuais.

Como nos dizeres do geógrafo e jurista Milton Santos (2003, p.41-42):

Sem as fábulas e mitos, este período histórico não existiria como é. Uma dessas fábulas é a tão repetida ideia de aldeia global. O fato de que a comunicação se tornou possível à escala do planeta, deixando saber instantaneamente o que se passa em qualquer lugar [...]. Um outro mito é do espaço e do tempo contraídos, graças, outra vez, aos prodígios da velocidade [...]. Fala-se, também, de uma humanidade desterritorializada, e essa ideia dever-se-ia outra, de uma cidadania universal.

Nos anos 70 houve a crise mundial conhecida como a “Crise do Estado Keynesiano”, na qual o capitalismo se tornou independente do governo. O capitalismo, a partir de então, se sobressaiu da soberania dos Estados, existindo, portanto, uma posição de hierarquia, momento em que as empresas em crescimento emanavam ordens ao governo e não vice-versa. Tais exigiam uma flexibilização dos direitos trabalhistas, a substituição de investimento do estado, de modo que não coubesse destinação de verba à saúde e educação, tudo sob pena de exclusão do governo do jogo econômico, o qual estava - e está - em pleno crescimento. Portanto, plenamente cabível a afirmação de que as transnacionais são fruto do fenômeno da globalização.

O jurista e sociólogo brasileiro José Eduardo Faria afirma que em relação ao poder econômico e político das empresas transnacionais, estas superam as dos Estados, fato que incide diretamente sobre o direito internacional, cujas razões serão discutidas ao longo do artigo.

Já nas décadas de 80 e 90, as transnacionais tiveram um forte crescimento, de modo que muitos direitos humanos foram suprimidos em prol dos interesses destas. Algo que ficou mais nítido à população em geral, que viu muitos direitos, à exemplo dos trabalhistas e sociais, serem constantemente minimizados.

Essa carência das condições de trabalho foi um dos pontapés iniciais para o começo de uma série de protestos feitos pela comunidade civil em busca de seus direitos, uma luta que não ficou restrita apenas a um Estado, mas teve caráter mundial – principalmente pela característica das transnacionais de se instalarem por todo o globo.

Um marco histórico dessa luta foi a chamada “Batalha de Seattle”, ocorrida em novembro de 1999, quando vários grupos da sociedade civil se uniram, havendo em torno de 100.000 (cem mil) pessoas, para protestar contra o terceiro encontro da Organização Mundial do Comércio (OMC), ou também chamada de N-30.

Esse encontro tinha como objetivo a discussão acerca das questões técnicas para novas formas de negociações comerciais, o que era visto como um retrocesso em vários campos do direito material para estes grupos combatentes. Dessa forma, eles encaram tal encontro como um cenário oportuno para demonstrarem diretamente a sua insatisfação ao capitalismo global, seja pelas questões sociais como pelas questões ambientais.

Portanto, o que move as empresas transnacionais são as vantagens oferecidas por aquele país específico em que ela pretende se instalar, compreendendo quais os incentivos receberão. Essa premissa é muito presente no direito internacional como um todo, visto que é regido pela expressão “*There is no free lunch*” (“Não há almoço grátis”), a qual faz referência sobre a necessidade de reciprocidade dos Estados entre si e com terceiros, nesse caso, as empresas; ou seja, as relações são baseadas em uma moeda de troca.

Dessa forma, com receio de perder uma empresa que eventualmente aumente o Produto Interno Bruto (PIB) daquele país, muitos países consentem uma parceria composta de premissas precárias que influenciam nos direitos sociais daquele Estado, afetando diretamente as condições de

vida dos cidadãos ali domiciliados. Contudo, ignoram tais fatos, em prol da existência de uma transnacional que gere lucro.

Esse procedimento enseja na concepção de “*Race to the bottom*” descrita pelo jurista Louis Brandeis Dement como “Corrida para o fundo”, que se traduz na disputa entre os Estados para o oferecimento das melhores condições econômicas e sociais, que no geral, provocam consequências negativas aos trabalhadores e à sociedade civil por completo.

Essa competição entre os Estados na procura de conceder os melhores incentivos às empresas se salienta em virtude da estrutura das transnacionais, que possuem como característica marcante o fato de serem menos engessadas, possuindo uma menor burocracia em sua composição. Isso explica a facilidade que as transnacionais possuem de se realocarem com destreza pelo globo, a depender, como já dito, das condições que lhes são ofertadas pelos Estados, conseqüentemente a isso, mais fácil de se esquivarem de uma responsabilização, vez que não existe um ente específico para realizar a fiscalização latente destas empresas.

Portanto, é possível visualizar que a submissão das empresas transnacionais ao ordenamento jurídico dos seus países de origem é insuficiente quando considerado o contexto da globalização, já que as mesmas são as maiores beneficiárias desse processo integrativo mundial. Por isso, há notória necessidade de suprir a ausência de uma ordem internacional destinada às transnacionais frente a ocorrência, cada vez mais frenética, de violações aos Direitos Humanos.

### **3. Discussões e considerações oriundas dos estudos doutrinários internacionais acerca da ausência de responsabilização das empresas transnacionais**

Sabe-se, e como já visto, a partir do fenômeno da globalização que se iniciou a problemática da violação aos Direitos Humanos pelas empresas, sobretudo as transnacionais. Destaque-se tais pelo seu poder – como sua

própria nomenclatura exprime – de circular pelas nações, pela sua capacidade de atuação em diferentes países e de diferentes formas.

Antes chamadas de multinacionais, que por escolha da melhor terminologia passou-se a chamar transnacionais, pois possuem características peculiares que a fazem transitar com maior facilidade entre os Estados, fruto do processo de globalização que diminuiu as distâncias a partir da implementação de uma comunicação eficaz e ágil.

Como bem caracteriza Slaughter (1997), a globalização provocou a erosão das fronteiras, antes temidas, hoje demonstra uma pequena distância física que pode facilmente ser suprima pela tecnologia, fato que diretamente afeta a capacidade de as nações conterem as violações de direitos praticadas pelas empresas.

Portanto, chegou-se – há um bom tempo – a um estágio em que o direito interno dos países não suporta e nem é capaz de ser respeitado por determinados entes, isso porque a volatilidade, característica das transnacionais, permite que suas mudanças sejam constantes, principalmente seus domicílios.

Fala-se aqui de uma facilidade de deslocamento que ao Estado tentar punir tais empresas, sua mudança para uma outra localidade é rapidamente cogitada e executada, limitando a atuação daquele Estado – que possui jurisdição adstrita ao seu território.

Dessa maneira, expõe Raphaela de Araújo Lima Lopes (2014, p.06):

Assim, em que pese estarem estabelecidas no território de um país e se submeterem às leis do mesmo, as empresas transnacionais podem facilmente fugir à incidência de tais regramentos nacionais, pela terceirização de grande parte da sua produção, ou pela realocização.

Em momentos anteriores à globalização, os Estados eram os núcleos econômicos de suas respectivas localidades, sendo, portanto, o centro de

todas as grandes negociações, vez que o poderio financeiro era de propriedade da máquina pública. Com o passar dos anos, iniciou-se uma mudança no sistema, fazendo com que o lugar antes ocupado majoritariamente pelo poder público, passa-se a ser compartilhado com grandes empresas e, atualmente, diversas transnacionais possuem arrecadação financeira superior a de inúmeros Estados.

Tal fato gera diversas consequências, mas, sobretudo, minimiza o poder do Estado perante as transnacionais, provocando, assim, uma relativização da soberania. Fato problemático, pois a hierarquia antes tida pelos Estados de emanar ordem e fazer com que ela seja cumprida não mais existe, vez que o poderio econômico, com o crescimento ainda mais exacerbado da globalização e economia, é mais relevante.

Nesse sentido, é salientado por Mariana Santos e Cristina Ribeiro (2016, p.169):

Nesse sentido, a violação massiva dos Direitos Humanos e os princípios gerais do Direito Internacional, incluídos aí os principais aspectos da responsabilidade internacional, devem ser considerados fazendo parte de um mesmo todo, posto que são complementares e se reforçam mutuamente.

O fator econômico, portanto, inevitavelmente gera uma consequência negativa ao âmbito dos Direitos Humanos e dos demais setores prejudicados pelas transnacionais, qual seja a ausência de interesse do Estado em responsabilizar as empresas por eventuais violações.

Há uma substituição da política pela economia, o desenvolvimento que estas empresas transnacionais proporcionam ao país é muito mais importante para o produto interno bruto (PIB) do Estado, do que a preocupação com o índice de desenvolvimento humano (IDH).

É o que, nas palavras de Milton Santos, denominou de "globalitarismo", que consiste na ideia de enraizamento da desarmonia nas relações

entre pessoas de alta renda e pessoas de baixa renda. A comunicação e interatividade, que foi criada com o objetivo de integralizar, originou fortes desigualdades. As nações dominantes são quem detém o controle e impõem diretrizes às camadas populares.

Santos (2003, p.37) ressalta que: “A competitividade, sugerida pela produção e pelo consumo, é a fonte de novos totalitarismos, mais facilmente aceitos graças à confusão dos espíritos que se instala”

Não é necessário muitos argumentos para demonstrar o motivo de tal falta de interesse, simplesmente pelo fato de que em o Estado penalizando ou até mesmo impondo algum tipo de conduta a ser seguida pela empresa, a mesma pode facilmente sair daquela localidade, posto que possui poderio econômico para tanto e facilidade de realocação.

Esse comportamento estático persistente do Estado, se abstendo de tomar decisões necessárias para evitar desigualdades está enraizado, sendo, inclusive, vislumbrado com a “Batlha de Seattle”, discutida no início deste artigo, na qual, em linhas gerais, o que a OMC mais queria naquele momento era a derrubada de protecionismos alfandegários, deixando o mercado livre de qualquer tipo de “amarra”. Os Estados, na visão da OMC, deveriam interferir o mínimo possível em questões comerciais. (CARVALHO, 2011).

Portanto, o sujeito prejudicado com a saída da transnacional daquele território é o próprio Estado, seja porque (i) não conseguirá responsabilizar a empresa por algum dano que tenha gerado – já que não terá jurisdição para tanto – ou (ii) porque perderá a participação daquela transnacional no seu território – fato que demonstra grande relevância, considerando que estas possuem o poder de agregar outros investimentos, se não o destas, para o território.

Considerando tais fatores, pode-se afirmar que, obviamente, as transnacionais farão seu domicílio em localidades onde as obrigações são

mínimas, seja em relação aos Direitos Humanos, como a assuntos trabalhistas e fiscais. Por tal motivo, surge o fenômeno do *Dumping Social* que resulta na instalação de empresas, principalmente as transnacionais, em países onde suas responsabilidades são mínimas, não se determinando o cumprimento de Direitos Humanos, trabalhistas, fiscais ou qualquer outro direito que interfira nas suas vantagens comerciais.

Tal expressão da vontade das transnacionais em não residir em localidades que não lhe sejam vantajosas remetem a ideia do corporativismo, qual seja da união de pensamento dos membros daquela instituição em prol de um determinado fim. A forma de se pensar aqui é a de que, apesar de serem pessoas jurídicas - cuja classificação remete a uma ficção jurídica -, estas são compostas por seres humanos que unem ideias para um fim em comum, neste caso, obtenção de lucro.

Assim sendo, por mais que não se possa - realmente não se deve - responsabilizar diretamente os responsáveis daquela empresa, seja sócio ou gerente, em um primeiro momento, não se pode perpetuar a realidade de que as mesmas usufruem do benefício do mercado internacional, mas não tem capacidade de suportar o ônus decorrente da violação aos Direitos Humanos, pois não é classificado como sujeito internacional, tal pensamento é construído por doutrinadores do assunto, os quais serão vistos ao longo deste capítulo.

De forma assertiva, Ana Luiza a Gama e Souza (2019, p.12) expõe sobre a problemática:

Nesse sentido, se a corporação planeja a ação, coordena os vários planos de ação dos outros membros envolvidos, se os planos são negociados internamente até que sejam levados adiante, existe intencionalidade coletiva para a instituição da ação planejada e, portanto, a responsabilidade pela atividade corporativa. Podemos reforçar o argumento de que, como agentes morais, as empresas têm obrigações com os direitos humanos, principalmente quando

são reconhecidas como direitos básicos - isto é, aqueles direitos necessários para alcançar outros, como o direito à alimentação e saúde adequadas - e também como limites do espaço moral no qual as empresas podem legitimamente perseguir seus objetivos econômicos.

Considerando tais fatores, é inevitável a diminuição do poder estatal, sendo esta uma das justificativas que impede a confecção de uma norma internacional, com caráter vinculante, destinada às empresas, posto que, assim, os Estados não mais seriam os responsáveis por emanar a ordem, pois esta surgiria da própria legislação internacional. Dessa forma, o Estado estaria em ainda mais desvantagem, seja pelo poderio econômico, seja pelo ente responsável em executar a norma.

Tal conclusão de pensamento é fruto das considerações de Andrew Clapham sobre a problemática existente entre as transnacionais e os Direitos Humanos. Afirma que aos Estados perderem o poderio antes possuído para dar lugar aos novos sujeitos, estes precisam estar submetidos a regras, uma vez que inseridos nesta esfera. Portanto, o que se tem hoje são as transnacionais atuando freneticamente no mercado internacional sem arcar com o ônus de todo seguimento empresarial, cumprimento de regras e responsabilização por eventuais danos.

Pode-se afirmar, dessa forma, que o direito internacional precisa se readaptar a novas mudanças, pois a inserção de novos sujeitos na esfera internacional exprime a necessidade da elaboração de novas regras que os abarquem.

O evento que veio como principal distintor dessa ausência de preocupação estatal com a temática foi a ideia trazida pelo Grupo de Trabalho sobre Direitos Humanos e Empresas da ONU, a qual trata sobre os Planos Nacionais. Para chegar a essa concepção, a situação teve início em 1970, quando a ONU começou a se preocupar com a atuação das empresas no âmbito internacional, criando então as Normas sobre

Responsabilidade de Corporações Transnacionais e Outras Empresas de Negócios em Relação a Direitos Humanos, a qual foi abandonada em 2005.

Como reação, decidi por colocar o professor John Ruggie como representante especial do secretário geral sobre direitos humanos, empresas transnacionais e outros negócios, e em 2011 ele criou os chamados “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU”. Contudo, estes princípios não foram considerados como uma construção normativa, mas teorização de uma estratégia.

O então Grupo de Trabalho sobre Direitos Humanos e Empresas da ONU criou como uma estratégia para fazer os Estados darem maior atenção e respeito às transgressões cometidas pelas empresas transnacionais aos direitos humanos, o chamado “Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas”, com a definição de quatro requisitos para a criação desse plano sendo (I) a obrigação de serem alicerçados nos Princípios Orientadores, (II), possuir uma contextualização específica para a realidade de cada Estado, (III) precisam de um processo transparente e dotado de diálogo prévio e (IV) ser revisto e atualizado periodicamente a fim de atender a dinamicidade e evolução da sociedade e das relações.

Hodiernamente, apenas 7 países criaram o seu Plano, o Brasil está dentro do rol dos que ainda estão no processo de criação.

Apesar de a ideia dos Planos Nacionais ter sido um marco, a sua grande incorreção e que foi constantemente reprimida na doutrina é o fato de que na prática o Grupo de Trabalho não estabelecer exigências concretas no Plano, sobre como ele deveria criar suas normas e como fazer a efetiva fiscalização e responsabilização.

Acreditamos que por mais que as ações não tenham formulado efetivamente um meio de responsabilização dessas empresas, elas favorecem

um ambiente internacional mais sensível em relação aos casos de transgressões aos direitos humanos.

Por isso, entendemos que os Planos, ao serem criados, devem conter instrumentos de coerção para que os países criem, de fato, esse Plano e o respeitem, saindo do paradigma da voluntariedade, com um monitoramento da sociedade civil e uma punibilidade ao não cumprimento das matérias propostas em seu teor.

Ressalta-se que a cooperação da sociedade é uma condição imprescindível na criação, fiscalização, supervisão e avaliação das políticas sociais, sendo supracitada como tal no artigo 193, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988. Pode-se compreender que a participação popular é consequência do regime político de democracia (art. 1º). Inclusive do princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), visto que ao fazer uma verificação acerca das incumbências decorrentes de tratados internacionais, há, como condição para implementação de empreendimentos, a realização da consulta prévia, livre e informada.

Consagramos a diretriz de que o Plano, em sua criação para ter maior efetividade, deve conter participação popular, perguntando ao público e principalmente, às vítimas e afetados, o que gostariam que fosse concretizado, proporcionando condições adequadas para a participação informada, evitando um caráter meramente informativo. E ao final ao final da sua criação deveria ter uma circulação pública.

Nesse sentido, Clapham conclui que o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) não é composto apenas por sujeitos estatais, mas também pelas transnacionais que se beneficiam da rede internacional. Por conseguinte, o DIDH deve considerar como sujeito internacional aquele que possui capacidade para tanto, e não considerar apenas a subjetividade dos atores.

Assim, muitas são as considerações feitas pelas teorias que estudam a relação entre transnacionais e Direitos Humanos, cada uma analisando um determinado segmento do embate de interesses. Contudo, ao se falar sobre a responsabilidade das transnacionais por eventuais danos causados, inclusive aos Direitos Humanos, precisa ser levado em consideração que o direito interno dos Estados não possuem a coerção de ter suas normas cumpridas e esta realidade não pode se perpetuar pela justificativa de as transnacionais não serem classificados como sujeito internacional ao passo que diariamente direitos estão sendo violados. Por tal motivo, apesar de não possuírem caráter vinculante, a atuação de John Ruggie na elaboração dos Princípios Orientadores é o início de uma nova visão dada ao direito internacional.

#### **4. Análise sobre a criação e execução de legislações internacionais correspondente à responsabilização das empresas transnacionais**

O âmbito legislativo internacional no tocante à responsabilidade de empresas transnacionais frente às violações dos direitos humanos, apesar de muito debatido, ainda pode ser considerado escasso e fraco quando levado em consideração o nível de globalização vivido atualmente.

De forma já exposta, a globalização passou a ser evidenciada fortemente a partir dos anos 90, momento que se iniciou a movimentação em prol de inserir em debate a problemática atuação internacional das empresas.

Considerado o primeiro fórum de diálogo entre empresários, governos, organizações não-governamentais e agências internacionais, o Secretário-Geral Kofi Anan promoveu o Pacto Global, no ano de 1999, com a finalidade de estabelecer princípios à atividade empresarial acerca de quatro frentes principais, direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção.

Após este ano, o evento subsequente relacionado a este tema ocorreu no ano de 2003, momento em que a Subcomissão da ONU para Promoção e Proteção de Direitos Humanos, órgão consultivo do atual Conselho de Direitos Humanos, aprovou as “Normas sobre Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos Comerciais em Relação aos Direitos Humanos”. Nesta ocasião, fora afirmado a aplicabilidade horizontal dos direitos humanos, no sentido de que, embora destinado ao Estados, as corporações também possuem o dever de segui-las, com a ressalva de que “nos limites de suas esferas de atividade e influência”, assim como de “promover, atender, respeitar e fazer respeitar” os direitos humanos. Além disso, estabeleceu-se que as atividades das corporações seriam fiscalizadas pelas Nações Unidas, tal como o cumprimento das obrigações e violações aos direitos humanos seriam analisados por tribunais nacionais e internacionais.

Acontece que, a proposta das Normas não ganhou força no contexto global, uma vez que se observou grande resistência de empresas e governos, momento que é descrito por Patricia Feeney (2009, p. 180) “De fato, a falta de vontade pública para adotar um instrumento verdadeiramente global sobre empresas e direitos humanos representou retrocesso para o movimento em prol da responsabilidade das empresas”.

Entretanto, por mais que seja um retrocesso inegável, a abertura do discurso é primordial para origem da possibilidade de adequação das corporações aos direitos humanos, da forma que bem expõe Clapham (2006, p.237):

Mesmo que as Normas não tenham sido levadas adiante..., elas lançaram os fundamentos para o desenvolvimento de uma estrutura normativa que defina o conteúdo das obrigações de empresas em direitos humanos. Qualquer proposta neste sentido deve não apenas revisitar os temas tratados pelas Normas,

mas também a forma pela qual o ordenamento jurídico internacional se desenvolveu além dos limites de um paradigma exclusivamente focado nos Estados.

Da forma exposta por um dos principais analistas do assunto, no mesmo ano, em 2006, a temática voltou a ser discutido no âmbito mundial, pelo então Representante Especial sobre Empresas e Direitos Humanos (sigla original, RESG), John Ruggie, que propôs um conjunto de princípios gerais e exequíveis capazes de definir a responsabilidade de empresas com os direitos humanos.

Tal conjunto, veio a se tornar, no ano de 2008, o Relatório “Proteger, Respeitar e Remediar: Um Marco sobre Empresas e Direitos Humanos”, o qual é basicamente sustentado em uma teoria tripartite, cujos sujeitos são os Estados, as empresas e a sociedade civil, lançando uma co-dependência entre tais em prol de um bem maior, os direitos humanos.

Em conformidade ao relatório, os Estados teriam uma obrigação positiva, o dever de proteger os direitos de eventuais violações, seja por terceiros ou empresas, por meio de normas e políticas públicas, bem como atuação judicial adequada; já as empresas possuiria uma obrigação negativa, qual seja a não violação dos direitos humanos, controlando, assim, eventual risco de cometimento de danos e, por fim, a sociedade teria uma atuação ativa, também obrigacional positiva, vez que ficariam com a incumbência de realizar denúncias em casos de violações dos direitos.

Apesar da correta e necessária teoria, assim reconhecida e aprovada por unanimidade na ONU, determinou-se que os três principais princípios fossem desenvolvidos, vindo, tão somente em 2011, a apresentação dos princípios-guias, os quais foram implementados pela Resolução 17/4 pela Assembleia Geral da ONU, por meio do Conselho de Direitos Humanos.

Portanto, os princípios-guias foram criados e, dentre eles, fora atribuído aos Estados os deveres de “prevenção, investigação, punição e

reparação” tanto relacionada a sua jurisdição, nos limites de seu território, quanto ao dever de prevenir violações aos direitos humanos fora da sua localidade, mas por corporações ali domiciliadas.

Após a promulgação dos Princípios Orientadores, a ONU implementou algumas Resoluções a fim de por em prática a teoria tripartite do RESG, uma vez que esta teria se consolidado e sido aceita por diversos Estados e corporações, momento em que a própria ONU e as organizações defensoras dos direitos humanos perceberam a importância da intervenção internacional no assunto.

Dessa forma foi feito, a Resolução 21/5 aprovada no ano de 2012, somente um ano após a aprovação dos Princípios Orientadores, determinou algumas obrigações aos secretários gerais da ONU relacionadas a efetivação da teoria tripartite, dentre elas (i) a criação de um fundo mundial a fim de promover os princípios orientadores, (ii) a criação de um canal de consultas que facilite a comunicação de eventuais violações destes por meio da sociedade civil e das próprias empresas e, por último, (iii) a criação de fóruns para a discussão de novas estratégias a serem adotadas por meio dos Grupos de Trabalho da ONU.

Como ideia oriunda dos Grupos de Trabalho de Direitos Humanos, foram criados os Planos Nacionais de Ação que seriam o desenvolvimento de planos por cada Estado signatário da ONU acerca da relação entre empresas e Direitos Humanos.

Os Planos Nacionais foram tidos como elementos de efetivação dos Princípios Orientadores no contexto nacional de cada país, promovendo a organização sobre o assunto em consideração com as peculiaridades de cada realidade. Para tanto, os Planos Nacionais devem seguir algumas diretrizes, dentre eles, estar em concordância com os Princípios-Guias, considerar a realidade de cada Estado acerca da problemática, advir de processos em que o diálogo e a transparência tenham participado e, por

fim, devem ser atualizados e revisados de acordo com a mudança constante da realidade de cada Estado.

Apesar de os Planos Nacionais não possuírem o caráter vinculante, inicia a construção da ideia sobre a necessidade de se o ter, a fim de vincular as empresas ao cumprimento dos Direitos Humanos, sob pena de responsabilização. Alguns países confeccionaram seus respectivos Planos Nacionais, como Reino Unido, Dinamarca, Finlândia e Noruega ao passo que o Brasil afirma que o seu está em processo de confecção, embora tenha promulgado o Decreto N. 9.57/18 que será comentado mais adiante.

Também merece destaque a Resolução 26/22 da ONU, na qual se reafirma o papel dos sujeitos já previsto nos Princípios Orientadores, cabendo às empresas o cumprimento e consequente não violação dos direitos humanos ao passo que, aos Estados, caberia uma atuação incentivadora e estratégica a fim de promover a ideia de não violação, já a ONU, seria responsável pelo papel fiscalizador de todas essas atribuições por intermédio da confecção de relatórios e realização de missões.

Da tomada para efetivar as Resoluções citadas, aprovadas com o intuito de fomentar a Resolução 17/4 da ONU, fora realizada, no ano de 2015, uma visita por dois membros do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos ao Brasil, cujas atribuições e deveres são estabelecidas nos Procedimentos Especiais do Conselho de Direitos Humanos.

A visita ocorreu em dezembro de 2015, momento que o Brasil sofria – e ainda sofre – uma crise econômica em meio a uma crise política oriunda de escândalos de corrupção e lavagem de dinheiro entre os governos e grandes empresas nacionais. Há época, vale lembrar, se vivia o ápice da Operação Lava Jato realizada pela Polícia Federal que investigava casos de corrupções do governo federal e estaduais. Além disso, também se vivia o sofrimento das famílias vítimas do rompimento da barragem de Mariana ocasionado por atos de empresas mineradoras nacionais.

Dessa forma, não se podia exigir outro resultado senão um relatório composto por desastres nacionais e, assim, ocorreu. O relatório confeccionado pelo Grupo de Trabalho foi apresentado, no ano de 2016, ao Conselho dos Direitos Humanos detalhando os mais variados segmentos do país (político, econômico, legislativo, executivo e social), dos quais realizaram algumas importantes considerações.

No tocante ao viés executivo e social, relataram a construção dos estádios olímpicos para os Jogos Olímpicos de 2016, cuja preparação desrespeitou os moradores dos arredores da construção, desapropriando suas casas sem o devido respeito ao processo que lhe é exigido. Ainda, mencionaram a construção da Usina de Belo Monte no Estado do Pará, berço da violação ao Direitos Humanos das comunidades indígenas e ribeirinhas advindas por atos relacionados à propriedade dessas comunidades, bem como a atos ligados ao abuso sexual das mulheres das comunidades, existindo relatos de estupro.

O relatório, portanto, destrincha os fatos que mais se evidenciam no Brasil, o desrespeito aos Direitos Humanos no tocante não a mera efetivação dos mesmos, mas de uma ideologia pátria de que estes estão distantes de serem compreendidos e postos em prática. Assim, observa-se que não há, sequer na sociedade civil, uma compreensão adequada do que seriam eles e que, dessa forma, não é passível de cobrança a entidades governamentais e não-governamentais, concluindo-se que, em sua devastadora maioria, a sociedade tem seus direitos violados sem sequer terem conhecimento de que realmente o foram.

De maneira adequada, o Grupo de Trabalho de Direitos Humanos bem conclui a realidade do país em relação a seus direitos, afirmando de que há a previsão, mas não sua efetivação, da forma bem exposta no seguinte trecho:

O Grupo entendeu que, enquanto o Brasil tem um quadro jurídico bem desenvolvido de mecanismos de proteção aos Direitos Humanos contra danos causados por empresas, as agências reguladoras, tais como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis e a Fundação Nacional do Índio devem ser reforçadas para garantir que ajam sem obstáculos e de forma independente, especialmente no contexto de projetos de larga escala. Além disso, os titulares de direitos que podem ser afetados por grandes projetos de desenvolvimento devem receber apoio e capacitação para estar em uma posição de negociação equilibrada com as empresas interessadas, já que, em alguns casos, sem o apoio da sociedade civil e do Ministério Público, as comunidades afetadas são praticamente impotentes. (LESSA; REIS, 2017, p. 271)

Pouco tempo depois, o Brasil promulgou o Decreto N. 9.571 em 21 de novembro de 2018, três anos após a visita do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos, em que seus dispositivos remetem aos Princípios-Guias aprovados no ano de 2011. Apesar de o decreto não possuir a mesma força legislativa de uma lei ordinária, o mesmo já representa um avanço no cenário da responsabilização das empresas por violação aos Direitos Humanos no âmbito do direito interno. Além disso, outra razão para se considerar uma ascensão, é o seguimento do Brasil às determinações da ONU que, apesar de ser signatário, não tem tido uma atuação fervorosa, principalmente em decorrência da crise política e ideológica que se instaurou no país desde as últimas eleições ocorridas em 2018 para Presidente da República.

Ainda no tocante ao Decreto N. 9.571, merece destaque ao trecho que implementa o *due diligencie*, então comentado dever de vigilância, do qual as empresas estão responsáveis em promover a vigilância aos Direitos Humanos, propondo uma estrutura não somente de obrigação negativa, da forma que primeiro fora idealizado por John Ruggie, mas de uma posição ativa perante a sociedade civil e outras empresas. Da forma constante no

art. 3º, inciso VII, como expõe “VII - estímulo à adoção, por grandes empresas, de procedimentos adequados de dever de vigilância (**due diligence**) em direitos humanos [...]” (BRASIL, 2018, p. 02, grifo do autor).

Por fim, o decreto mencionado prevê, como forma de incentivo às empresas signatárias do decreto, a entrega do Selo de Empresa de Direitos Humanos, ideia primordial para a efetivação dos Princípios Guias. Tal moeda de troca é indispensável quando se fala sobre a necessidade de cumprimento dos Direitos Humanos pelos órgãos não-governamentais, pois, caso não haja, sempre haverá um movimento contrário à implementação da ideia, uma vez que a disposição da empresa para ser signatária e não violar os Direitos Humanos, fazendo jus ao previsto pelos Princípios Guias, perante a visão corporativista, faz-se necessária um retorno de benefício, seja por reconhecimento ou incentivos de outra natureza.

Assim é exposto pela autora Natália Soares de Mattos (2019, p. 72) ao estudar a fundo o Decreto N. 9.571/18, como se observa:

Para além das críticas no que se refere à voluntariedade da adesão por parte das empresas fato é que, para os fins a que se destinam este estudo, o Decreto no 9.571/2018 cumpre com a obrigação de ser alicerçado nos Princípios Orientadores, os quais também não são vinculantes, sendo possível verificar ao longo de todo o texto do Decreto, correspondência com os pilares dispostos por Ruggie no que se refere à proteção, respeito e reparação a possíveis danos aos direitos humanos na seara empresarial. É possível constatar, ainda, que as disposições estão contextualizadas às especificidades da realidade nacional, tal como se vê ao facultar às microempresas e as empresas de pequeno porte, o cumprimento das Diretrizes, na medida de suas capacidades (art. 10,§10).

Observa-se, portanto, que as legislações sobre uma possível implementação da responsabilidade das empresas transnacionais por violações aos Direitos Humanos ainda são precárias frente ao nível de globalização

vivido em escala mundial, porém é impossível negar a importante contribuição de John Ruggie ao assunto em nível internacional ao implementar os Princípios Guias que, apesar de genéricos e iniciais, possibilitam a discussão sobre o tema e implementa, em decorrência das Resoluções da ONU, deveres a serem constantemente cumpridos que possuem dois objetivos gerais, (i) impossibilitar a paralisação das diligências em relação ao assunto tanto em nível internacional quanto perante os Estados e (ii) angariar conhecimento acerca das peculiaridades de cada Estado sobre as formas de efetivação adequadas a ser implementada em cada um deles, o que consequentemente gera uma visão correta sobre a posição da ONU perante tais.

Em relação ao Brasil, na mesma visão já citada, caminha-se em passos lentos, mas que já pode ser entendido como o início considerando o advento do Decreto N. 9.571, porém, como bem exposto pelo Relatório do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos na visita ao Brasil, o país é carente da efetivação e fiscalização do cumprimento de suas normas, cuja razão maior dessa deficiência é a ausência de independência dada aos órgãos competentes para tanto. Portanto, pode-se afirmar que não é o suficiente, contudo, atentando ao atual contexto político nacional e na consequente imagem internacional adquirida, o Brasil está internalizando o Direito Internacional e demonstrando que iniciará a trajetória para implementar regras verídicas de imposição ao cumprimento dos Direitos Humanos pelas empresas nacionais e, sobretudo, as transnacionais.

##### **5. Pesquisa a respeito da concretização de prejuízos provocados por empresas transnacionais na amazônia: projeto ferro carajás e naufrágio no Município de Barcarena**

A Amazônia, em sua totalidade, é tida como uma divisa territorial. A melhor localização para uma empresa é aquela em que lhe é ofertado inúmeros benefícios para o início da sua produção, exploração e instalação.

Ao que se refere aos dois primeiros quesitos, a Amazônia é um atrativo internacionalmente conhecido e buscado pela sua vasta biodiversidade e dimensão.

O Pará é um dos estados englobados pela Amazônia que, com o devido investimento, pode vir a se tornar uma zona de vantagem de disputa, visto que comporta inúmeras qualidades para as empresas, como a localização estratégica, por ser o estado brasileiro mais próximo da América do Norte, Europa e Ásia (a partir da abertura do canal do Panamá) e possuir portos de águas profundas (Barcarena e Abaetetuba) (CRUZ, 2018).

Em outubro de 2015, o navio da empresa Haidar, de bandeira libanesa, ao transportar cerca de cinco mil bois vivos e setecentas toneladas de óleo a caminho para a Venezuela, naufragou no Porto de Vila do Conde, em Barcarena, no Pará.

Os animais que estavam na embarcação vieram a óbito e o óleo vazou para o rio. É certo que essa tragédia trouxe uma série de transformações na vida das comunidades tradicionais habitantes, visto que a água se tornou inutilizável. Esta consequência fez com que muitas famílias perdessem seu maior meio de sobrevivência, já que muitas daquelas famílias se utilizavam da pesca para subsistência, além dos que a utilizavam para o comércio.

Ademais, visto que a água ficou imprópria para o banho, além de os habitantes perderem o meio que utilizavam para higienizar suas roupas e utensílios, e também sua forma de recreação, também deixou de ser um polo atrativo para turismo, tanto na área afetada, como nas ilhas vizinhas.

Consequentemente, a ausência de turistas na região alterou significativamente na geração de renda daquelas comunidades porque a presença daqueles impulsionava a economia naquele meio, isso se ratifica com o consumo de alimentos e artesanato que havia ali ao visitarem a localidade e suas redondezas.

Com a tragédia, esse turismo que havia ao redor do Porto de Vila do Conde se assolou.

Em 2018 foi julgado pela Justiça Federal que a empresa responsável teria de pagar a título de indenização por danos morais e materiais as vítimas atingidas no valor de, aproximadamente, R \$13 milhões. É uma indenização que não alcançou todas as famílias impactadas, e, de acordo com o Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB), até os dias de hoje as que foram cadastradas no programa de indenização não receberam o valor integral; portanto, apenas asseverando o que vem sendo apresentado ao longo deste artigo, as empresas têm tentado solucionar suas transgressões aos direitos humanos com respostas fictícias.

Em 2020 foi autorizada a retirada do navio, e a mesma aconteceu no primeiro semestre do ano de 2021 pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). O secretário de Meio Ambiente e Sustentabilidade, Mauro O' de Almeida, explicou para o Jornal JÁ que essa retirada foi morosa devido aos riscos ambientais que a movimentação do navio poderia causar, como um possível movimento de óleo ao fundo do navio.

Portanto, este fatídico acontecimento suscitou o interesse em investigar como as empresas de maiores dimensões, como as transnacionais, buscam solucionar os danos socioambientais que provocam a comunidades em que perpassam e como o Estado, em seu papel de garantidor de direitos, tem se posicionado em conflitos de interesses entre o complexo minerário e as populações afetadas, com base na Constituição Federal de 1988 e nos Tratados sobre Direitos Humanos.

Com isso, visto que a mineração é apontada como um objeto estratégico para a economia brasileira, sendo uma das principais *commodities* do país proporcionando o crescimento acelerado do Produto Interno Bruto

(PIB), fizemos uma análise de que forma uma das principais empresas minerárias adentra nas localidades em que se pretende explorar.

A pesquisa foi feita a partir das diversas minas exploradas na região do Corredor Carajás, cujo o qual engloba o sudeste do Pará (PA) e o oeste do Maranhão (MA), e foi possível identificar uma série de danos às pessoas que lá vivem. Estas são constituídas por grupos historicamente excluídos, como a população negra, camponesa e indígena; e por serem regiões em que residem pessoas de baixa renda, não há acesso fácil e célere às instituições que deveriam agir como instrumento para que os moradores afetados pudessem ser ouvidos e terem uma efetiva participação nas decisões, nitidamente desrespeitando à previsão contida no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), segundo a qual:

Art. 8º

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Devido a essa dificuldade de acesso aos órgãos públicos, a empresa subestima e relativiza os direitos da população, que é vista como uma “fatalidade social” que deve ser gerenciada e facilmente ludibriada.

Em suas sentenças proferidas na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o jurista e magistrado brasileiro, Antônio Augusto Cançado Trindade, desenvolveu o princípio da “Centralidade do Sofrimento da Vítima”.

O jurista leciona que quando um ser humano sofre perdas e prejuízos devido a ação de outro, ou do Estado, ou de um terceiro, sendo pessoa

física ou jurídica, será a vítima quem deverá figurar o polo central da discussão jurídica sobre a reparação desse dano. E essa participação também deve evocar a criação de mecanismos, sejam eles judiciais ou não, para evitar que os mesmos eventos danosos venham a acontecer, bem como prevenir a composição de novas vítimas. (TRINDADE, 2003).

É certo relembrar a ponderação deste mesmo magistrado no caso *Servellón García e Outros versus Honduras*:

Por mais breves e efêmeras que tenham sido as vidas dos abandonados do mundo, e torturados e assassinados com brutalidade por seus semelhantes, ocupam estes, no entanto, como vítimas, uma posição central no Direito Internacional dos Direitos Humanos. (JUNIOR, 2020, Seção Opinião)

Essa realidade faz-se necessário citar o princípio da Paridade de Armas do Processo Penal, que é composto pelo raciocínio de que deve haver uma igualdade de instrumentos e de tratamento entre as partes do processo. É nítida a disparidade de armas que há entre as empresas e as vítimas, as quais além de terem de se preocupar com o desmoronamento de seus modos de vida, tanto no polo material em suas fontes de renda, como no polo subjetivo como lidar com a perda de entes queridos, ainda tem de se preocupar com as litigâncias.

O argumento recorrente utilizado para justificar a atitude do Estado em suprimir direitos humanos em detrimento de interesses comerciais é a do desenvolvimento que estas empresas proporcionam em vários aspectos, como promessa de empregos, valorização do território, urbanização e tecnologia. Soma-se a isso a intenção do Estado no desenvolvimento territorial e na produção de riquezas, vinculando-se aos mesmos objetivos da empresa, os quais são incompatíveis com as necessidades e interesses coletivos das populações afetadas (além da ausência de políticas públicas para tentar amenizar os prejuízos).

A mineração não se limita à construção de uma “mina”, pois afeta, principalmente, a tríade historicamente vulnerabilizada: mulheres, crianças e idosos. A poluição ambiental do solo, dos rios e atmosfera, que contamina toda a biodiversidade da região, que é a base da sobrevivência daquelas pessoas, afetando a saúde delas.

Ademais, o uso das britadeiras e a construção de trilhos geram, por si só, poluição sonora, algo que afeta as atividades escolares, visto que os professores precisam esperar a obra acabar ou o trem passar para que os alunos possam concentrar-se novamente, o que gera atraso no aprendizado.

A mineradora exerce grande pressão sobre a sociedade, a ponto de ajuizar ações contra cidadãos da cidade de Marabá, onde concentra grande parte de suas operações, por terem organizado um ato de solidariedade aos moradores de Mariana. Essa ação tolheu, por via judicial, a liberdade de expressão de um professor e de outros que participavam do protesto. O professor foi absolvido e declarou que espera que a decisão também sirva de exemplo em outros processos em favor da população e daqueles que lutam por direitos e que “são criminalizados e processados continuamente” (MEDEIROS, Evandro. Seção Justiça, 2017).

Com isso, é evidente a necessidade da participação popular, principalmente dos indivíduos que foram afetados, na criação de meio de soluções para a responsabilização das empresas transnacionais. Essa participação popular pode acontecer de diversas formas, como perguntando a sociedade civil como um todo e, com atenção específica às vítimas e afetados, o que gostariam que fosse concretizado e mudado.

Deve ser erradicada a mentalidade dos Estados e das Empresas de que o respeito aos direitos humanos se trata apenas de “filantropia ou investimento social”.

## Conclusão

Em decorrência dos fatos expostos ao longo do artigo, constata-se a necessidade de mudança no cenário normativo do Direito Internacional, a fim de proteger os direitos suprimidos, seja pela (i) forma de atuação das empresas transnacionais, percebidas nas escolhas destas dos locais que mais lhe concederem benefícios - ausência de efetivação de normas -, ou pela (ii) provocação de danos.

É certo que esta problemática não é surpresa para a discussão internacional, motivo pelo qual a ONU, por meio de John Ruggie, estabeleceu os Princípios Orientadores que previram os Planos Nacionais, ambos tidos como um dos principais marcos referenciais para a criação de normas impositivas acerca da atuação desregulada das empresas transnacionais.

Diante de todo o exposto, levando em consideração o modo em que estas empresas atuam no Estado em que se instalam, a forma como estes reagem ao poderio delas e como tal relação gera frutos danosos, da maneira percebida nos casos ocorridos na Amazônia, é imprescindível a constituição de parâmetros legais e impositivos, não apenas principiológicos do modo que é feito atualmente, para que transgressões, a exemplo das ocorridas no Projeto Ferro Carajás e no Naufrágio no Município de Barcarena/PA, as quais resultaram em tragédias catastróficas que, como demonstrado, foram além da violação de Direitos Humanos, mas também ambientais, não venham a se repetir.

## Referências

BRASIL. Decreto N. 9.571 de 21 de novembro de 2018. **Estabelece as diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm). Acesso em: 14 nov. 2021.

CAROS AMIGOS. **Vale duplica ferrovia e multiplica violações no Maranhão e Pará. N° 177/2011.** São Paulo: Casa Amarela, 2011. pp. 10-15.

CARVALHO, Bruno Leal Pastor de. **A “Batalha de Seattle”: um marco do movimento antiglobalização (Artigo).** In: Café História – história feita com cliques. Disponível em: <https://www.cafehistoria.com.br/a-batalha-de-seattle-antiglobalizacao/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

CLAPHAM, Andrew. **Obrigações de direitos humanos de atores não-estatais (Cursos recolhidos da Academia de Direito Europeu)** (Localizações Kindle 1298-1302). OUP Oxford. Edição Kindle.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Costa Rica, 1969.

COMPILAÇÃO dos artigos selecionados para o Seminário sobre Empresas e Direitos Humanos: reflexões e contribuições para uma agenda nacional / Secretaria Nacional de Proteção Global. - Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

CRUZ, Luciana Costa Braga. **O naufrágio do navio haidar em barcarena-PA: Conflitos ambientais e zona de sacrifício.** Tese (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) - Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://objdig.ufrj.br/42/teses/883942.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

FAUSTINO, Cristiane; FURTADO, Fabrina. **Mineração e Violações de Direitos: O Projeto Ferro Carajás S11D, da Vale S.A.** Açailândia: 1ª Edição, 2013.

FEENEY, Patrícia. **A Luta por Responsabilidade das Empresas no Âmbito das Nações Unidas e o Futuro da Agenda de Advocacy.** Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos, v.6, n.11, p. 175-191, Dez., 2009.

GAMA, Aliny. **Famílias do PA vão receber R\$ 10,5 mi após naufrágio espalhar óleo e carcaças de boi pelo litoral.** UOL, Maceió, 08 fev. 2018, Seção Cotidiano. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/02/08/familias->

do-para-va0-receber-r-105-mi-apos-naufragio-de-navio-com-5000-bois.htm.

Acesso em: 10 nov. 2021.

GOV. **DNIT inicia serviços para resgatar navio que afundou em 2015 no Pará:**

**Embarcação transportava cinco mil bois vivos e 700 toneladas de óleo.**

Disponível em: <https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/noticias/dnit-inicia-servicos-para-resgatar-navio-que-afundou-em-2015-no-para>. Acesso em: 14 nov. 2021.

IEB. **Quase 5 mil pessoas já receberam indenizações individuais pelo naufrágio do**

**navio Haidar em Barcarena.** Disponível em: <https://iieb.org.br/quase-5-mil-pessoas-ja-receberam-indenizacoes-individuais-pelo-naufragio-do-navio-haidar-em-barcarena/>.

Acesso em: 16 nov. 2021.

DIAS NETTO JUNIOR, Edmundo Antônio. **A centralidade do sofrimento da vítima: É**

**preciso a aprovação do projeto de lei da Política Nacional de Direitos das**

**Populações Atingidas por Barragens.** Brasil de Fato MG, Belo Horizonte, 04 nov.

2020, Seção Opinião. Disponível em: <https://www.brasildefatomm.com.br/2020/11/04/artigo-a-centralidade-do-sofrimento-da-vitima>. Acesso em: 16 nov. 2021.

LESSA, R.R.Z.; REIS, D.M. **A ONU e a responsabilidade internacional de empresas por**

**transgressões aos direitos humanos.** Revista Interdisciplinar de Direitos

Humanos, Bauru, v.5, n.2, p. 261-274, Jul./ Dez., 2017.

LOPES, Raphaela de Araújo Lima. **A responsabilização de empresas transnacionais por**

**violações a direitos humanos sob a perspectiva do direito internacional.** In:

Vladimir Oliveira da Silveira; Karine de Souza Silva; Rosângela Angelin. (Org.).

Direito Internacional: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. 1ed. Florianópolis:

CONPEDI, 2014, v., p.06. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4410a22591c15bc7>. Acesso em: 17 nov. 2021.

**NAVIO que afundou com 5 mil bois é apenas uma das tragédias ambientais de**

**Barcarena.** Jornal JÁ, Porto Alegre, 11 dez. 2020, Seção Ambiente. Disponível em:

<https://www.jornalja.com.br/ambiente/navio-que-afundou-com-5-mil-bois-e- apenas-um-das-tragedias-ambientais-de-barcarena/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

OLSEN, A.C.L.; PAMPLONA, D.A. **Violações a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina: Perspectivas de responsabilização**. Revista Direitos Humanos e Democracia, v.7, n.13, p.129-151, Jan./Jun., 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

**PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Nova Iorque: Nações Unidas, 1966.

**Professor em Marabá é absolvido de acusação da empresa Vale**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2017/07/04/professor-em-maraba-e-absolvido-em-acusacao-da-empresa-vale/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

**PRINCÍPIOS orientadores sobre empresas e direitos humanos. Implementando os parâmetros "proteger, respeitar e reparar" das Nações Unidas / Secretaria Nacional de Proteção Global**. - Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha\\_versoimpresso.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf). Acesso em: 13 nov. 2021.

REIS, Anna Julia Araújo dos. **Projeto ferro carajás S11D, da Vale S.A.: uma análise constitucional em respeito aos direitos humanos**. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XXVIII, 2019, Belém.

ROLAND, M.C. et. al. **A participação das pessoas atingidas em processos de reparação de violação de direitos humanos por empresas**. Seção Cadernos de Pesquisa Homa Homa Publica – Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas, v.5, n.2, Jul./Dez., 2021.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos**. São Paulo: Editora Planeta Sustentável, 2014.

SANTOS, M.L.S; RIBEIRO, C.F.T. **reflexões teórica acerca da caracterização da responsabilidade internacional de empresas transnacionais por violações de**

**direitos humanos.** Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, Curitiba, v.2, n.2, p.162-174, Jul./Dez., 2016.

SANTOS, Mariana Lucena Sousa Santos; RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. **Reflexões Teóricas acerca da caracterização da Responsabilidade Internacional de Empresas Transnacionais por violações de Direitos Humanos.** Revista de Direitos Humanos em Perspectiva: Curitiba, PR, 2016. 169 p..

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SOARES, Ana Fiuza; NOGUEIRA, Hugo Rocha; JORDAN, Rafael; SALLES, Sarah de Melo. **Planos Nacionais de Ação sobre Direitos Humanos e Empresa: contribuições para a realidade brasileira.** Juiz de Fora, MG: Homa – Centro de Direitos Humanos e Empresas. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2016/01/Perspectivas-Gerais-sobre-os-Planos-Nacionais-de-Ac%C3%A7%C3%A3o-sobre-Empresas-e-Direitos-Humanos.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional.** 2<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2015.

UNITED NATIONS. UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. **The ten principles.** 2011. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em: 13 nov. 2021.

VICENTINO, C.; DORIGO, G. **História para o ensino médio: História geral e do Brasil.** São Paulo: Scipione, 2001.

ZENITELLI, Leandro Martins. **Corporações e Direitos Humanos: o debate entre voluntaristas e obrigatoristas e o efeito solapador das sanções.** 2011. 3 p. (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça, v. 8). Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16033942.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.

ZUBIZARRETA, Juan Hernandez. **Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: história de uma assimetria normativa.** Bilbao: HeGoa e Omal, 2009.

## **Censo demográfico: direito fundamental social indispensável à implementação de políticas públicas**

*Larissa Lemos Garzon*<sup>1</sup>  
*Arianne Brito Cal Athias*<sup>2</sup>

### **1. Introdução**

Planejamento e organização devem ser o pilar de qualquer país. Contudo, para planejar e organizar, deve-se antes de tudo conhecer as especificidades, particularidades e características que compõe o território, por esses e outros fatores se justifica a importância e necessidade de se promover o censo demográfico. Isso se potencializa quando consideramos a dimensão territorial e conseqüentemente populacional de um país como o Brasil.

Muito mais que coletar dados, o recenseamento demográfico é o principal balizador para a elaboração de política pública, que por sua vez, consiste no conjunto de ações Estatais, como bem preleciona BUCCI (2006, p. 27), ao aduzir que são “microplanos ou planos pontuais, que visam a racionalização técnica da ação do Poder Público para a realização de objetivos determinados, com a obtenção de certos resultados”.

Nessa esteira, o presente ensaio objetiva analisar o censo demográfico sob a ótica de um direito fundamental social indispensável e

---

<sup>1</sup> Mestranda do PPGDF da Universidade da Amazônia (UNAMA). Orientadora do NPJ Estácio Castanhal. Membro da Comissão em Defesa do Idoso, Crianças e Adolescentes da OAB/PA, subseção Castanhal. Especialista em Direito Civil. Advogada.

<sup>2</sup> Doutora em Direito. Mestre em Direito. Assessora do Ministério Público Estadual. Professora Titular do Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais (Mestrado) da Universidade da Amazônia - UNAMA.

indissociável à implementação de políticas públicas concretas e verdadeiramente eficazes, para isso, será analisado a importância e prioridade prática que o Estado confere à sua realização, assim como, os entraves gerados em decorrência da pandemia da Covid-19 e as consequências a curto, médio e longo prazo.

## **2. Censo demográfico brasileiro**

Segundo informações fornecidas no site do próprio Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2021a), “a primeira contagem da população brasileira foi realizada em 1872, ainda durante o Império, mas foi a partir de 1890, já sob a República, que os censos se tornaram decenais”. Ainda segundo o site do IBGE (2021b):

Durante o período imperial, o único órgão com atividades exclusivamente estatísticas era a Diretoria Geral de Estatística, criada em 1871. Com o advento da República, o governo sentiu necessidade de ampliar essas atividades, principalmente depois da implantação do registro civil de nascimentos, casamentos e óbitos.

Com o passar do tempo, o órgão responsável pelas estatísticas no Brasil mudou de nome e de funções algumas vezes até 1934, quando foi extinto o Departamento Nacional de Estatística, cujas atribuições passaram aos ministérios competentes.

A carência de um órgão capacitado a articular e coordenar as pesquisas estatísticas, unificando a ação dos serviços especializados em funcionamento no País, favoreceu a criação, em 1934, do Instituto Nacional de Estatística - INE, que iniciou suas atividades em 29 de maio de 1936. No ano seguinte, foi instituído o Conselho Brasileiro de Geografia, incorporado ao INE, que passou a se chamar, então, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Dessa forma, verifica-se, ainda que de modo precário e sem qualquer recurso tecnológico para à época, que o censo demográfico no Brasil passou a ser implementado

por já ter reconhecido a sua importância há exatos 149 anos. Obviamente que tanto no período do Império como no início da República ainda não se tinham a dimensão de quantos indicadores poderiam ser alcançados por intermédio da pesquisa, assim como, qual seria a necessidade prática desses dados para um correto planejamento Estatal, o que foi sendo visto, mensurado e aperfeiçoado no decorrer do tempo.

### **2.1 Agente realizador: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE**

O IBGE foi criado em 1936, sendo um órgão da esfera federal, vinculado ao Ministério da Economia. A partir de sua criação deu-se início a uma modernização no quesito censitário Brasileiro. A criação do instituto se caracterizou principalmente pela consolidação da periodicidade decenal do censo, assim como, pela ampliação da abrangência temática do questionário com a inclusão de quesitos envolvendo fatores econômicos e sociais, como emprego, desemprego, fecundidade, migrações internas, dentre outros.

Apesar de sua criação em 1936, somente em 1940 é que o referido órgão realizou seu primeiro levantamento demográfico. De acordo com informações do próprio site (2021c), o IBGE caracteriza-se por se constituir “no principal provedor de dados e informações do País, que atendem às necessidades dos mais diversos segmentos da sociedade civil, bem como dos órgãos das esferas governamentais federal, estadual e municipal”.

Destacam-se como suas principais funções a produção e análise de informações estatísticas; coordenação e consolidação das informações estatísticas; produção e análise de informações geográficas; coordenação e consolidação das informações geográficas; estruturação e implantação de um sistema de informações ambientais; documentação e disseminação de informações; coordenação dos sistemas estatístico e cartográfico nacionais.

## **2.2 Finalidade, periodicidade, orçamento e métodos de execução**

O recenseamento pode ser analisado sob quatro aspectos, sendo: a) finalidade; b) periodicidade; c) orçamento e d) métodos de execução.

Quanto à finalidade, o censo demográfico objetiva coletar por intermédio de dados um retrato detalhado de vários aspectos da população brasileira, envolvendo questões como educação, saúde, moradia, trabalho, dentre outros aspectos da condição de vida da população em geral. Sua realização é instrumento indispensável para subsidiar a implementação de políticas públicas, servindo de bússola para conduzir o planejamento de gestão e conseqüentemente o orçamento governamental.

As informações apuradas são determinantes para a aplicação de recursos públicos nas áreas tidas como prioritárias. Ademais, sua essencialidade não está adstrita somente ao poder público, constituindo-se em uma importante fonte de referência também para o setor privado, já que disponibilizam dados acerca do mercado consumerista envolvendo poder de compra, público alvo, renda, etc.

Outrossim, além de contemplar os setores públicos e privado, o censo demográfico também tem por finalidade subsidiar o fornecimento de informações para embasar estudos e pesquisas científicas concentradas no ramo da economia, educação, saúde, questões sociais, dentre outras vertentes de pesquisas.

O segundo aspecto levantado, é o da periodicidade na qual o recenseamento é realizado. Sua realização ocorre de modo decenal, ou seja, a cada 10 (dez) anos, nos termos da Lei nº 8.184/1991 que dispõe sobre a periodicidade dos Censos Demográficos e dos Censos Econômicos e dá outras providências.

Esse lapso temporal permite que a cada novo recenseamento haja uma vasta comparação entre os dados antigos e novos, propiciando um melhor entendimento da evolução dos indicadores sociais.

Cumprе destacar, que apesar da periodicidade decenal, o último censo realizado no Brasil foi no ano de 2010. A contagem que deveria ter ocorrido em 2020 foi adiada para 2021 em virtude da pandemia da Covid-19. Contudo, por questões orçamentárias, foi postergado para 2022, como se verá a seguir.

Como já dito alhures, o IBGE é uma entidade da administração pública federal, vinculada ao Ministério da Economia, cuja verba destinada para realização do censo demográfico é proveniente do governo federal por meio de emendas parlamentares. Para a realização do censo 2020 (leia-se 2021), o IBGE havia solicitado em seu orçamento original o valor de R\$3,435 bilhões, contudo, mesmo antes da pandemia, foi advertido pelo Governo a readequar os custos com a pesquisa, reduzindo a R\$ 2 bilhões.

Contudo, durante a tramitação da Lei Orçamentária no Congresso Nacional, R\$ 1,76 bilhão foram cortados pelos parlamentares, inviabilizando a realização do recenseamento que já estava em atraso em decorrência da pandemia. Essa ausência de priorização orçamentária em relação ao censo, afetará consideravelmente a implementação de políticas públicas em diversos segmentos sociais, o que acarretará no consequente atraso da economia no cenário pós pandemia, como se abordará adiante.

Quanto ao método de execução ou coleta, o censo demográfico passou por uma reformulação estrutural no último recenseamento realizado, qual seja, em 2010. Até o ano 2000, o censo ocorria de modo manual, sendo necessário o preenchimento de questionário de papel pelos recenseadores, o que por certo, dificultava demasiadamente no tratamento dos dados. Em 2010, adotou-se o preenchimento do questionário de modo eletrônico por meio dos PDA (*Personal Digital Assistant*), o que possibilitou

a otimização do registro e armazenamento das informações coletadas. Com isso, espera-se que o próximo censo permaneça dispondo deste recurso.

Ademais, são utilizados dois tipos de questionários distintos para a coleta de dados, consistindo o primeiro no de uso geral e o segundo apesar de mais extenso, é utilizado com a minoria da população. O primeiro questionário, chamado de básico, é aplicado em todos os domicílios brasileiros, e possui cerca de vinte e seis questões. Já o segundo, é preenchido apenas por 10% da população geral, devido sua extensão e detalhamento, e possui pouco menos de oitenta questões.

Destaca-se que a participação do cidadão é obrigatória, e as informações prestadas pelo mesmo são de caráter confidencial, destinando-se tão somente para fins estatísticos, nos termos da Lei nº 5.534/68.

### **3. Os efeitos da pandemia na realização do censo demográfico**

Conforme mencionado no tópico anterior, demonstrou-se que a periodicidade de realização do censo demográfico, nos moldes da Lei nº 8.184/1991 é de 10 (dez) anos. Desse modo, seguindo o curso natural, o último censo deveria ter ocorrido no ano de 2020, mais precisamente no segundo semestre, no entanto, em meados de março do mesmo ano, a Organização Mundial de Saúde (OMS), declarou a pandemia em decorrência da Covid-19, fazendo com que escolas e muitas modalidades de empregos migrassem para o sistema remoto, decretação de lockdown em grande parte do mundo, fechamento de fronteiras e inúmeras outras restrições que prejudicaram a realização das mais variadas atividades presenciais.

Com isso, se o recenseamento de 2020 já estava ameaçado em virtude da limitação de recursos, sua realização se tornou totalmente inviável naquele momento em virtude do isolamento social que se impunha

imprescindível. Desse modo, adiou-se sua ocorrência para 2021, acreditando-se no controle da pandemia neste decurso temporal.

Destaca-se que não é a primeira vez que a realização do censo demográfico brasileiro foi suspensa, deixando, portanto, de obedecer a regra decenal. Segundo dados extraídos do próprio IBGE (2021d), em 1910 e 1930 o recenseamento foi suspenso e no ano de 1990 sua realização foi adiada para 1991.

### **3.1 A pandemia e os métodos de recenseamento: ausência de priorização estatal**

É sabido que o ano de 2020 entrou para a história mundial como um dos mais desafiadores tanto em aspectos econômicos como sanitários em virtude da pandemia pelo covid-19, o que não poderia ser diferente em se tratando da realidade brasileira. Um ano de muitas incertezas, contágio do vírus desenfreado, ausência de leitos hospitalares e insumos para tratamento desses pacientes, cientistas de todas as nacionalidades reunidos em prol da cura, contagem de milhares de mortos por todo o mundo.

Partindo desse panorama, em 2020 a recomendação oficial não só da Organização Mundial de Saúde, como também, de órgãos nacionais e academia científica/médica brasileira era manter ao máximo o isolamento social por intermédio da decretação de lockdown por todo o país. No entanto, essa decisão não foi comum à todas as esferas, havendo considerável resistência por parte do Governo Federal na adoção dessas medidas, criando um verdadeiro abismo entre as condutas adotadas pelos Estados e Municípios, que buscavam seguir essa orientação, e o que vinha sendo adotado pela esfera federal.

Essa contenda gerou tamanha instabilidade e insegurança jurídica, que precisou ser levada ao Supremo Tribunal Federal (STF) para apreciação e resolução, o que originou o julgamento da ADI nº 6341, reconhecendo o não afastamento da competência concorrente na tomada

de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios no enfrentamento ao coronavírus, conforme ementa da decisão colacionada abaixo:

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. **É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.** 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral

do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. **Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.** 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. ADI 6341 MC-REF. ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO. RELATOR(A): MIN. MARCO AURÉLIO. REDATOR(A) DO ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN. JULGAMENTO: 15/04/2020. PUBLICAÇÃO: 13/11/2020.

Dessa forma, por toda a gravidade, insegurança e instabilidade do momento que se vivia, considerando ainda naquele momento que as vacinas se encontravam em estudo e fase de teste, o mais coerente era o adiamento do censo de 2020 para o próximo ano, com projeções sanitárias mais animadoras, a existência de um imunizante aprovado, o início da imunização em massa da população e o conseqüente controle da pandemia. Com isso, o censo de 2020 ficou designado para ocorrer no segundo semestre de 2021.

Com a chegada de 2021 nem tudo foi como se esperava. O atraso na tomada de decisão para a aquisição de vacinas pelo Governo Federal, prejudicou o cronograma do plano nacional de imunização, a insuficiência de doses de vacinas que atendessem toda a população contribuiu para uma “segunda onda” contágio, especialmente após as festas de final de ano, fazendo com que o Brasil liderasse, por alguns meses, o ranking mundial no número de mortes diárias pela Covid-19 e se tornasse o novo epicentro da pandemia.

No entanto, em decorrência da pressão política, social e judicial, o Governo Federal buscou firmar parcerias e adquirir o maior número possível de vacinas, impactando no alargamento dos grupos e faixa etárias aptos a receber o imunizante, refletindo na diminuição dos casos e consequentemente na queda do número de mortos diários. Além do que, restava mais do que fixado um protocolo oficial de prevenção amplamente divulgado desde o início da pandemia (uso de máscara, lavagem habitual das mãos ou uso de álcool em gel, ausência de aglomerações, etc.), não haveria, portanto, empecilho para a não realização do recenseamento no segundo semestre deste ano.

Outro grande fator determinante para que a pesquisa ocorresse em 2021, se refere diretamente no modo como são coletados os dados desde o último censo. Como já dito, a forma de execução utilizada pelo recenseador foi totalmente informatizada em 2010, substituindo o papel e a caneta por um computador portátil, capaz de registrar, armazenar e enviar os dados com muito mais segurança do que o que ocorria na forma manual.

Ademais, por estar se vivendo o “boom” das inovações tecnológicas, e considerando as modificações referente a execução que foram feitas no censo de 2010, uma alternativa de implementação que poderia ser adotada neste novo censo que propiciaria mais segurança, menos gastos e otimizaria o procedimento, seria a realização do recenseamento por meio de

aplicativo de celular. Ao se concluir o preenchimento do formulário seria gerado um QR Code, que traria a Administração Pública para uma AP 4.0.

Mas ainda que se permanecesse nos mesmos termos de execução do ano de 2010, faz-se necessário pontuar duas questões. Apesar da coleta dos dados ocorrer de modo presencial com a visita do recenseador aos domicílios, não há necessidade de qualquer contato físico entre este e o entrevistado. Da mesma forma como também não há necessidade de catalogação manual dos dados coletados, pois todas as informações encontram-se devidamente armazenadas via sistema.

Partindo desse pressuposto, a realização do censo na atual conjuntura não apresenta risco de disseminação do vírus da covid, haja vista sua informatização e a ausência de aglomeração, tendo em vista tratar-se de procedimento individualizado.

Ultrapassado essas questões sanitárias, o que se denota é a completa falta de prioridade por parte do Governo Federal em executar o recenseamento programado para 2021. Conforme insculpido na Lei nº 8.184/1991, a periodicidade de realização da pesquisa é algo que deve ser observado e cumprido.

Apesar disso, como já demonstrado no tópico 2.2, o recenseamento que seria realizado em 2021 em decorrência da pandemia, foi novamente adiado pelo Governo Federal, contudo, sem previsão de data oficial. O motivo do adiamento dessa vez não foi a pandemia, mas o corte de verba que havia sido destinado para o IBGE, tornando-se inviável a realização de uma pesquisa dessa magnitude. É majoritário o posicionamento dos estudiosos ao dizerem que não há que se falar em ausência de recursos financeiros, mas, em ausência de planejamento e prioridade pública.

Muito mais do que catalogação de dados, o censo representa pilar fundamental para balizar de modo objetivo e na medida adequada a injeção de recursos públicos, estabelecendo prioridades e sinalizando

indicadores sociais importantes para diversos segmentos da sociedade. Nessa esteira, a partir do momento que o Estado deixa de reconhecer sua importância, estagna o desenvolvimento do país, submetendo sua população a uma onda de retrocessos, como se verá mais detalhadamente no 4º capítulo.

### **3.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal para garantir a realização do recenseamento demográfico**

Como demonstrado no tópico 2.2, antes mesmo da pandemia ser decretada, o Governo Federal já havia sinalizado ao IBGE a necessidade de se reformular os gastos com a execução do censo de 2020. Inicialmente a programação do IBGE era que fossem gastos R\$3,435 bilhões, reduzindo posteriormente para R\$ 2 bilhões. Agora em 2021, os parlamentares cortaram R\$ 1,76 bilhão deste valor, inviabilizando por completo a realização da pesquisa em 2021.

Por conseguinte, o Governo Federal não se posicionou oficialmente acerca de quando ocorreria de fato o recenseamento, questão essa que também foi levada para apreciação da Suprema Corte, por intermédio da Ação Cível Originária nº 0052770-46.2021.1.00.0000 (ACO 3508) ajuizada pelo Estado do Maranhão.

O STF (2021) aduz que:

“Na ação, o Estado do Maranhão requeria que o mapeamento fosse realizado em 2021, com o argumento, entre outros, de que a falta de dados sobre a população causaria dificuldade para a formulação e a execução de políticas públicas. A Advocacia-Geral da União (AGU), por sua vez, apontou os desequilíbrios fiscais causados pela pandemia como causa para a não realização do mapeamento.”

Em abril deste ano, o ministro Marco Aurélio deferiu a liminar pleiteada pelo Estado do Maranhão, e fixou a realização do censo ainda em

2021. No entanto, a liminar não foi mantida, prevalecendo a posição do ministro Gilmar Mendes, para que sua realização ocorra em 2022. Nesse sentido, segue ementa da decisão:

Ementa: CENSO DEMOGRÁFICO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. DECISÃO GOVERNAMENTAL QUE NÃO CONTEMPLOU O IBGE COM DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS SUFICIENTES PARA PLANEJAMENTO, ORGANIZAÇÃO E REALIZAÇÃO DO CENSO DEMOGRÁFICO DE 2021. LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA AVALIAR A ALOCAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS NO QUE DIZ RESPEITO A AÇÕES ESTATAIS QUE SERVEM DE ANTEPARO PARA FRUIÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. DETERMINAÇÃO PARA QUE A UNIÃO ADOTE AS MEDIDAS NECESSÁRIAS À REALIZAÇÃO DO CENSO DEMOGRÁFICO NO EXERCÍCIO FINANCEIRO SEGUINTE AO DA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA (2022). 1. Reconhecimento de que a inércia da Administração Pública no que toca à organização, ao planejamento e à execução do Censo Demográfico do IBGE produzirá graves consequências para a formulação, atualização e acompanhamento de políticas sociais, além de manter inalteradas – ou desatualizadas – informações que influenciam acentadamente no rateio do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Existência de conflituosidade grave o suficiente para desestabilizar a autossuficiência dos entes subnacionais. Omissão em torno de ação estatal que visa à promoção de objetivos de envergadura constitucional, fornecendo subsídios demográficos para o constante monitoramento de políticas de transferência de renda. Redução da discricionariedade do gestor público em se tratando de políticas públicas das quais dependem, de um lado, a preservação da autossuficiência dos Estados da Federação e, de outro, a efetividade de ações de combate à pobreza. Concessão de medida liminar para determinar a adoção das medidas administrativas e legislativas necessárias à realização do Censo Demográfico do IBGE no exercício financeiro seguinte ao da concessão da tutela de urgência (2022). ACO 3508 TA-REF. ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO. RELATOR(A): MIN. MARCO AURÉLIO. REDATOR(A) DO ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES. JULGAMENTO: 17/05/2021. PUBLICAÇÃO: 06/07/2021.

Dessa forma, o que se denota, é que diante da ausência de prioridade do Governo Federal em planejar e executar o recenseamento, foi necessário se socorrer do Poder Judiciário para ter esse direito assegurado, e conseqüentemente ter preservada a segurança jurídica de se implementar por meio do censo políticas públicas eficazes, capazes de preencher e satisfazer as lacunas sociais diante de suas reais necessidades.

Nesse sentido, ensina OLSEN (2008a, p. 267):

(...) é certo que a atuação da Administração Pública não só deve estar pautada pela realização dos objetivos constitucionais, como poderá ser controlada a partir desta pauta. Se medidas administrativas se desviarem do cumprimento ótimo dos direitos fundamentais, poderá ser diagnosticada a figura do *desvio de poder*, hipótese que autoriza a intervenção do judiciário.

E ainda:

(...) o judiciário tem uma importante função a cumprir: tornar evidente o descumprimento de determinadas normas de direitos fundamentais sociais, a ponto de tornar inevitável uma modificação das políticas públicas a serem adotadas pelo Estado, ou ainda, determinar a sua implementação (OLSEN, 2008b, p. 295)

Com isso, havendo inércia comprovada por parte da Administração Pública, faz-se imprescindível o acionamento do Judiciário como forma de garantir o direito violado, assim como restaurar a segurança jurídica e assegurar o restabelecimento da ordem por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais.

#### **4. Censo demográfico como idealizador de políticas públicas efetivas e conseqüente garantidor dos direitos fundamentais sociais**

Os direitos fundamentais sociais não são considerados direitos contra o Estado, mas sim, direitos que se originam por meio da figura Estatal,

exigindo-se uma conduta positiva deste, ou seja, impondo-se ao Poder Público o fornecimento/cumprimento de determinadas prestações materiais.

Nesse viés, STRECK apud OLSEN (2008c, p. 280) aduz que:

No caso específico da Constituição Federal de 1988, a inserção de uma série de normas de conteúdo axiológico-material, como os direitos fundamentais sociais, não é passível de ser negligenciada. Elas têm uma razão de ser: **os direitos sociais foram positivados como direitos fundamentais “porque a imensa maioria da população não os tem, ou seja, a linguagem introdutória dos textos relativos aos direitos sociais surge exatamente a partir de ‘sua falta’.**

Superado o entendimento dos direitos fundamentais sociais, avançamos para a conceituação de políticas públicas, segundo os ensinamentos de CARVALHO FILHO (2008, p. 107):

Políticas Públicas, por conseguinte, são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios das coletividades. (...) constituem a efetiva atuação dos órgãos públicos para alcançar seus fins.

Nesta esteira, após a conceituação dos direitos fundamentais sociais e de políticas públicas, é possível compreender mais claramente a importância do censo demográfico como indicador âncora de ações governamentais eficazes e “conscientes”, pois a partir de sua realização, é possível definir um retrato abrangente da condição do país em vários quesitos, dentre eles, educação, saúde, renda, saneamento, emprego, etc.

E a partir daí consegue-se criar políticas públicas destinadas a atender essas demandas e conseqüentemente atingir seus respectivos públicos alvos, garantindo, assim, o direito fundamental social da população. Deixar de pensar ou considerar o censo como idealizador de políticas públicas

capazes de garantir o cumprimento desses direitos, é o mesmo que negar a própria Constituição Federal.

Como sabido, o Estado não pode e nem deve agir sem planejamento, ações coordenadas, muito menos sem conhecer a realidade e prioridade de suas demandas, o que só é alcançado quando se traçado o perfil populacional e domiciliar de seu país, o que se dá por meio do recenseamento e a análise de seus indicadores.

#### **4.1 O cancelamento do censo demográfico e suas consequências no setor público e privado**

Como já mencionado em diversas passagens do presente ensaio, a importância do recenseamento é inegável para que o Governo avance em políticas públicas, conceda prioridade a campos tidos como mais emergenciais e conseqüentemente consiga atender as demandas sociais por meio da realização dos direitos fundamentais sociais.

Neste cenário o adiamento do censo 2020/2021 sob o argumento de indisponibilidade de verba, afronta, viola e coloca em risco o desenvolvimento do país não só em aspectos econômicos, mas no próprio exercício da democracia representativa, pois não havendo a contagem populacional atualizada, resta prejudicado a definição na quantidade de vereadores, deputados estaduais e federais. Assim como a fixação dos públicos-alvo das políticas públicas nas esferas municipais, estaduais e federais.

Questões sanitárias também restam demasiadamente prejudicadas, tanto no repasse de verbas aos respectivos entes, como, por exemplo, na definição da população de risco para se traçar o plano de imunização nacional por meio da vacinação. As readequações nas políticas de enfrentamento, superação e recuperação pós-pandemia serão diretamente afetadas.

Também estão comprometidos a distribuição das transferências de verbas da União para estados e municípios, impactando

consideravelmente no orçamento público, questões atinentes ao repasse de recursos para o programa Bolsa Família também estão incluídas neste rol. Com isso, investimentos na saúde, educação, moradia, transporte, energia, programas de assistências para os mais vulneráveis estão expostos a toda sorte, o que causa instabilidade a curto, médio e longo prazo.

Nesse sentido, o IBGE (G1..., 2021a) divulgou uma nota dizendo que:

Sem o Censo em 2021, as ações governamentais pós-pandemia serão fragilizadas pela ausência das informações que alicerçam as políticas públicas com impactos no território brasileiro, particularmente em seus municípios (...) Além de ser um instrumento fundamental para o pacto federativo e a calibragem da democracia representativa, a contagem da população permite a determinação dos públicos-alvo de todas as políticas públicas nos âmbito federal, estadual e municipal. Para destacar o caso mais em evidência, o da pandemia, o Censo Demográfico permitirá detalhar a população em risco (por idade e sexo) para campanhas de vacinação, destacando as condições de infraestrutura domiciliar e arranjos domiciliares que favorecem maior ou menor difusão do contágio. Além disso, as condições de superação e recuperação no período pós-pandêmico serão também calibradas por estes dados.

A revista *Veja* publicou matéria em seu site também no início deste ano, onde destaca cinco prejuízos que o adiamento do censo gerará para o Brasil, no qual pontua: a) perda de eficiência e foco nas políticas públicas; b) impacto no federalismo; c) reflexo nas pesquisas do setor privado; d) impacto na credibilidade do país perante a comunidade internacional; e) prejuízos nas ações de combate à Covid-19.

No que concerne o reflexo de pesquisas no setor privado, a matéria levanta um aspecto importante, leia:

A falta de dados novos não impactam só o setor público. No privado, pesquisas sobre preferências eleitorais e tendências do mercado consumidor e financeiro

costumam utilizar o Censo para formar a sua base de informações. Dessa forma, ao cruzar com dados de 2010, os trabalhos acabam perdendo qualidade e eficiência na hora de reproduzir a realidade. (VEJA..., 2021a)

É preciso reconhecer que o cancelamento do censo muito mais do que a estagnação de estatísticas e pesquisas, gerará efeito cascata negativo em diversos segmentos, com efeitos incalculáveis e sem projeções otimistas a curto, médio e longo prazo não restringindo-se somente a esfera pública, mas também ao setor privado. Além disso, os reflexos gerados perante o cenário internacional não são dos melhores, como adiante se demonstrará.

#### **4.2 Os reflexos do cancelamento perante o cenário internacional**

Toda ação no cenário nacional, direta ou indiretamente possui reflexo no âmbito internacional. Desse modo, um país que não prioriza sua história, não cataloga de maneira correta e atualizada seus dados e tampouco prioriza conhecer as particularidades de seu povo, está fadado a construir uma imagem negativa perante outros países, acarretando também possíveis bloqueios econômicos e saídas de investimentos do país.

Nesse sentido, o site da revista Veja (2021b) publicou matéria em que correlaciona o cancelamento do censo 2021 aos impactos na credibilidade do Brasil perante a comunidade internacional, destacando que:

Afeta a credibilidade do país perante a comunidade internacional: Sem uma base de dados adequada, o Brasil se iguala a países falidos ou em estado de guerra que não produzem levantamento estatístico confiável conforme padrões internacionais. Também abala a confiança de governos, fundos e empresas estrangeiras em investir em um país que não tem uma base de dados atualizada.

Nesse mesmo sentido, oito ex- presidentes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (Edmar Bacha, Eduardo Nunes, Eduardo

Augusto Guimarães, Edson Nunes, Eurico Borba, Sérgio Besserman, Simon Schwartzman e Silvio Minciotti), divulgaram uma carta aberta onde defendem a realização do censo e alertam para os riscos de sua não priorização, veja (G1..., 2021b):

Nosso último censo ocorreu em 2010, e, sem ele, o Brasil se junta ao Haiti, Afeganistão, Congo, Líbia e outros estados falidos ou em guerra que estão há mais de 11 anos sem informação estatística adequada para apoiar suas políticas econômicas e sociais.

Perceba, não se tem a ver com a não realização do censo pura e simplesmente, mas sim, com o que o país deixa de se desenvolver ao não fazer os levantamentos estatísticos necessários, conseqüentemente, na mesma via, dificilmente outros países terão interesse em investir em um país que não possui uma “identidade definida atualizada”, ou melhor, em trazer seus investimentos para um país que não conhece a si próprio.

Ademais, na medida em que os países se recusam a investir em solo brasileiro, outros tantos, diante do cenário político caótico, ausência de incentivos e políticas sociais, retiram os investimentos que aqui possuem, por não mais reconhecerem identidade com o que os trouxe até aqui, é o que tem acontecido com várias empresas multinacionais nos últimos meses, como exemplo, Mercedes-Benz, Ford e Sony. O encerramento dessas atividades gera não só desemprego em massa, enfraquecimento econômico, prejuízos aos consumidores, como o afastamento de outras marcas que viam no Brasil um país de potencial investimento, o que deve ser agravado com o cancelamento do censo diante da falta de prioridade do Executivo e Legislativo.

## Conclusão

Por tudo que foi exposto, resta latente a importância do censo demográfico como pilar central norteador das ações governamentais, assim como, fonte de base para o setor privado. Sua realização tempestiva e a injeção de verba necessária para sua execução são sinônimos de garantia dos direitos fundamentais sociais por intermédio da implementação de políticas públicas seguras, eficazes e concretas as reais necessidades da população. Sem a realização do recenseamento não há que se falar em ação coordenada entre os entes públicos, muito menos em planejamento e busca pelo desenvolvimento social.

Desse modo, com base nos argumentos do Estado, reitera-se, a necessidade de se implementar a realização do recenseamento intensificando-se os meios tecnológicos, como a criação de um aplicativo de celular específico para isso, onde além da otimização do procedimento também se terá uma diminuição considerável nos gastos públicos.

Em contrapartida, para que essa informatização seja eficaz e atinja a finalidade pretendida, a criação de políticas públicas de informação e incentivo à população para preenchimento das informações deverá não só preceder ao período de realização do censo, mas também permanecer ativa durante todo o tempo que o procedimento estiver a disposição da população.

## Referencial

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. pág. 27.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **População**: censo demográfico. (2021a) <https://ces.ibge.gov.br/apresentacao/portarias/200-comite-de-estatisticas-sociais/base-de-dados/1146-censo-demografico.html>. Acesso em: 03/08/2021

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Histórico**. (2021b)  
<https://www.ibge.gov.br/aceso-informacao/institucional/o-ibge.html>. Acesso em: 03/08/2021.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Principais Funções**. (2021c)  
<https://www.ibge.gov.br/aceso-informacao/institucional/o-ibge.html>. Acesso em: 03/08/2021.

BRASIL. **Lei nº 8.148/91**. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18184.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18184.htm). Acesso em: 04 de agosto de 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.534/68**. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15534.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15534.htm). Acesso em: 04 de agosto de 2021.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Censo Demográfico**. (2021d)  
<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/22827-censo-2020-censo4.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 05 de agosto de 2021.

Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI nº 6341**. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%022ADI%0206341%022&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%022ADI%0206341%022&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 05 de agosto de 2021.

Supremo Tribunal Federal (STF). **STF determina que governo realize censo demográfico em 2022**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=466012&ori=1>. Acesso em: 05 de agosto de 2021.

Supremo Tribunal Federal (STF). **ACO nº 3508**. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%022ACO%0203508%022&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%022ACO%0203508%022&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 05 de agosto de 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008a. p.267.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008b. p.295.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais:** efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008c. p.280.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, C.; ESTEVES, J. C. S.; DIAS, M. T. F. (Org.). **Políticas Públicas:** possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.107

Site G1a. **Sem o Censo em 2021, ações governamentais pós-pandemia serão afetadas, alerta IBGE.** Disponível em: [https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/23/sem-o-censo-em-2021-acoes-governamentais-pos-pandemia-serao-afetadas-alerta-ibge.ghtml?utm\\_campaign=g1&utm\\_medium=social&utm\\_source=twitter](https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/23/sem-o-censo-em-2021-acoes-governamentais-pos-pandemia-serao-afetadas-alerta-ibge.ghtml?utm_campaign=g1&utm_medium=social&utm_source=twitter). Acesso em: 06 de agosto de 2021.

Site Veja. **Cinco prejuízos que o adiamento do Censo pode causar ao Brasil.** Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/maquiavel/cinco-prejuizos-que-o-adiamento-do-censo-pode-causar-ao-brasil/>. Acesso em: 06 de agosto de 2021.

Site G1b. **Sem o Censo em 2021, ações governamentais pós-pandemia serão afetadas, alerta IBGE.** Disponível em: [https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/23/sem-o-censo-em-2021-acoes-governamentais-pos-pandemia-serao-afetadas-alerta-ibge.ghtml?utm\\_campaign=g1&utm\\_medium=social&utm\\_source=twitter](https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/23/sem-o-censo-em-2021-acoes-governamentais-pos-pandemia-serao-afetadas-alerta-ibge.ghtml?utm_campaign=g1&utm_medium=social&utm_source=twitter). Acesso em: 06 de agosto de 2021.

## Investindo em Direitos: O Brasil e o financiamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Rafaela Teixeira Sena Neves <sup>1</sup>  
Dafne Fernandez de Bastos <sup>2</sup>

### 1. Introdução

A análise dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos revela-se um dos campos mais férteis para a análise do caráter evolutivo do direito internacional dos Direitos Humanos, pois desenvolve interpretações judiciais a partir de parâmetros principiológicos que não se esgotam na mera transcrição literal dos Tratados Internacionais, mas em uma aplicação para além do texto, a qual, diante das nefastas violações, ouve a voz das vítimas por objetivar uma proteção *pró-homine* eficaz.

Por essas razões, discutir o sistema interamericano de Direitos Humanos (SIDH) exige muito mais que a simples leitura da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH); faz-se necessário utilizar dos diversos elementos normativos do direito internacional público e de todos os instrumentos que este campo tão vasto oferece a fim de se alcançar uma análise plural e aí sim, compreender como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) reconhecem e fundamentam os princípios validados pela CADH.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Estado do Pará (UFPA). Professora do Centro Universitário do Estado do Pará.

<sup>2</sup> Mestra em Direito pela Universidade Federal do Estado do Pará (UFPA). Assessora de Procuradoria no Ministério Público de Contas do Estado do Pará (MPC/PA).

O SIDH baseia-se na ideia de que a proteção dos Direitos Humanos não deve se reduzir a soberania de um Estado. É por isso que em seu principal documento normativo, a CADH assinada na Costa Rica em 1969 e com vigência a partir de 1978, reconhece e assegura direitos civis e políticos como obrigações *erga omnes* aos países americanos, além de estabelecer um aparato de monitoramento dessas obrigações que é integrado pela CIDH e a CorteIDH.

Nas últimas décadas, o SIDH conseguiu contribuir demasiadamente para o desenvolvimento da temática dos Direitos Humanos no continente americano. Entretanto, tem-se observado uma paulatina espécie de deterioração da sustentabilidade financeira do referido sistema, o que compromete o exercício regular e pleno de suas funções.

A partir desta situação, é preciso chamar atenção para o fato de que a implementação de direitos exige a aplicação de recursos em níveis mínimos e adequados, o que exige um comprometimento dos Estados com a proteção e a promoção de direitos humanos.

Destaca-se, aqui, a situação do Brasil, enquanto membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), que assumiu essa responsabilidade ao adentrar na organização, da qual decorre a consequente necessidade de garantir os meios necessários para que eles se realizem.

No que diz respeito ao sistema de financiamento do SIDH, este se faz de duas formas: pelo Fundo Regular e pelos Fundos Específicos.

O Fundo Regular, forma principal de custeio do SIDH, diz respeito a valores decorrentes de designação pelo simples fato de compor os quadros da OEA<sup>3</sup>. Trata-se de um fundo formado com recursos decorrentes da designação de valores calculados com base na potência da economia de cada país.

---

<sup>3</sup> Art. 72, Capítulo IV, das Normas Gerais para o funcionamento da Secretaria Geral da OEA.

Os Fundos Específicos, por sua vez, são de origem voluntária e decorrem de doações realizadas por Estados membros, Estados observadores ou mesmo outras instituições. São recursos decorrentes de mera liberalidade e não tem finalidade específica.

De acordo com dados apresentados pela CorteIDH e pela CIDH, em especial pelo trabalho realizado pelas Auditorias Externas, é possível observar os números do financiamento regular e dos voluntários por parte do Brasil sofrendo redução constante, conforme se passa a apontar.

Para subsidiar a análise, será tomada como marco teórico a produção realizada durante os anos de 2011 a 2013, decorrente do chamado “Processo de Fortalecimento”, no qual os Estados membros da OEA manifestaram-se criticamente e apresentaram propostas sobre temas do funcionamento e do alcance do SIDH, dentre os quais o do financiamento do sistema e os seus entraves.

A partir disto, pretende-se demonstrar a contradição entre o discurso do Brasil, que conta com uma participação relevante na formação econômica da OEA e o processo dos aportes financeiros incompatíveis, o que resulta em uma fragilidade do SIDH.

Em um primeiro momento será realizada uma análise genérica das contribuições brasileiras ao SIDH; para posteriormente avaliar-se casos de condenações do Estado perante a CorteIDH e o nível de desembolso designado pelo país, demonstrando-se que o problema não é orçamentário, mas exclusivamente de ausência de comprometimento.

A fim de subsidiar a análise dos fundos de financiamento, adotou-se a metodologia de sistematização e análise de dados de fontes primárias mediante corte temporal destacado entre 2006 e 2013.

Tomou-se por base o ano de 2006 em virtude de ter sido esse o ano em que foram anunciadas novas estratégias de arrecadação ao Fundo

Regular da OEA como forma de tentar reduzir os impactos da crise financeira mundial.

Por fim, apresentam-se as conclusões que se voltam consternadas ao futuro do SIDH mediante um financiamento cada vez menor em contraste com um custo cada vez maior de financiamento dos direitos que ele deve garantir.

## **2. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: breves noções**

Antes de se adentrar na questão do financiamento do Sistema Interamericano, faz-se necessário o entendimento da funcionalidade do organismo em si, em especial sobre: (a) Convenção Americana de Direitos Humanos (CAHD); (b) Comissão Americana de Direitos Humanos (CIDH) e, por fim, a (c) Corte Interamericana de Direitos Humanos. (CorteIDH).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, representa o instrumento de maior relevância no que se refere ao Sistema Interamericano de Tutela de Direitos Humanos. O referido documento foi proposto e assinado em San José, na Costa Rica (daí seu o nome), no ano de 1969, de modo que somente passou a vigorar em 1978<sup>4</sup>.

Inicialmente, cabe alertar que somente Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) têm o direito de aderir à Convenção Americana e segundo a própria OEA, dos 35 (trinta e cinco) Estados-membros da OEA, 25 (vinte e cinco) Estados são hoje partes da Convenção Americana.

Didaticamente, a Convenção Americana estabelece um rol de direitos humanos os quais os Estados-membros que consignaram o pacto estão

---

<sup>4</sup> Foi ratificada em setembro de 1997 por 25 países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.

comprometidos internacionalmente a respeitar e zelar pelas garantias de cumprimento no âmbito interno de suas jurisdições e soberanias.

Relevante lembrar que a CIDH mantém poderes adicionais que não decorrem diretamente da Convenção, dentre eles, o de processar petições individuais no que se referir a casos de Estados não-signatários da mesma.

Neste contexto, a República Federativa do Brasil foi um dos Estados que mais tardiamente aderiram à Convenção, fazendo-o apenas em 25 de setembro de 1992. Tendo reconhecido a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção – por intermédio do Decreto Legislativo n. 89, de 03 de dezembro de 1998 –, desde que os fatos ocorram a partir da vigência da referida figura legal, de acordo, inclusive, com o que prescreve o art. 62<sup>5</sup> do instrumento internacional.

É a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos que foi criada a Corte Interamericana, definindo suas atribuições e procedimentos tanto para a Corte quanto para a Comissão. Esta última possui sua sede em Washington D.C. e foi criada pela OEA em 1959 e, em forma conjunta com a Corte Interamericana, instalada em 1979, configurando-se como uma instituição de extrema relevância no Sistema Interamericano.

Nesse sentido, explica Piovesan (2000) que também é de a competência da Comissão examinar as petições encaminhadas por indivíduo ou grupos de indivíduos, ou ainda entidades não-governamentais, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção por Estado que dela seja parte. Importante saber, o Estado, ao se tornar parte da Convenção, aceita automática e obrigatoriamente a competência da Comissão para examinar petições

---

<sup>5</sup> Art. 62. 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

individuais, não sendo necessário a elaboração de qualquer declaração expressa e específica para este fim.

Na forma do art. 46<sup>6</sup> da Convenção, a Comissão está encarregada de decidir sobre a admissibilidade das petições encaminhadas a ela, tendo como consideração os requisitos expostos neste dispositivo. Havendo juízo de admissibilidade, a Comissão solicita informações ao Governo denunciado. Após o recebimento do relatório sobre as acusações, o Estado possui o prazo de até 03 (três) meses para conferir cumprimento às recomendações (resolução do caso entre as partes, por exemplo), em caso de efetivo descumprimento violador de direitos humanos, ou, então, até mesmo ser submetido à Corte Interamericana<sup>7</sup>.

Sendo assim, no prazo de 3 (três) meses o caso poderá ser encaminhado ao órgão jurisdicional do sistema regional interamericano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – localizada em San José, na Costa Rica –, podendo tão apenas fazer o encaminhamento (espécie de “denúncia”) a Comissão Interamericana e os Estados-partes, na forma do art. 61.1<sup>8</sup>, da Convenção Americana. Gorestein (2002:95), esclarece que a CorteIDH é o órgão jurisdicional por excelência, devendo os Estados que se submeteram à sua jurisdição cumprir com as determinações expedidas em sentenças, uma vez que elas são definitivas e inapeláveis, formando um

---

<sup>6</sup> Art. 46.1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44<sup>o</sup> ou 45<sup>o</sup> seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e, d) que, no caso do artigo 44<sup>o</sup>, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

<sup>7</sup> Quanto a este ponto, explica PIOVESAN (2000: 40) que “se, ao longo deste prazo, o caso não for solucionado pelas partes e nem mesmo for submetido à Corte, a Comissão, por maioria absoluta de votos, poderá emitir sua própria opinião e conclusões sobre o caso. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo, dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competem para remediar foram adotadas pelo Estado e se as medidas recomendadas foram adotadas pelo Estado e se publicará o informe por ela elaborado no relatório anual de suas atividades”.

<sup>8</sup> Art. 61.1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.

precedente internacional, sendo assim, obrigatórias, não podendo os Estados recusar-se a cumpri-las.

Sobre o Brasil, embora tenha o mesmo ratificado a Convenção Americana em 1992, e, portanto, automaticamente tenha se sujeitado ao monitoramento pela Comissão Interamericana, o documento relativo à Corte só foi depositado apenas em dezembro de 1998. Importa, neste aspecto, esclarecer que a aceitação da função contenciosa da Corte depende de expressa manifestação em documento depositado por escrito à OEA, ao contrário do reconhecimento da competência da Comissão para conhecer de demandas individuais, a qual decorre a partir da ratificação da Convenção, sem maiores formalidades.

Além da função jurisdicional, a CorteIDH produz pareceres consultivos que são interpretações dos tratados de Direitos Humanos. Nesses pareceres, chamados de Opiniões Consultivas, a CorteIDH define o sentido e o alcance das normas em questão; também se pronuncia sobre a compatibilidade de leis nacionais com os tratados internacionais.

Importante destacar que as Opiniões Consultivas permitem utilizar, quando da apresentação internacional de um caso, conceitos que foram estabelecidos pela própria Corte na busca de um resultado semelhante.

Neste sentido com matriz didática, a partir das noções básicas dos principais mecanismos de operação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – com delineamentos básicos da Convenção, Comissão e Corte –, cabe a seguir verificar a forma como esse sistema é custeado, e como o Brasil tem se organizado em seu orçamento público para contribuir com o desenvolvimento da organização.

### **3. Financiamento do Sistema Interamericano: fortalecendo direitos**

Conforme apontado, o SIDH é financiado a partir de duas sistemáticas: a do Fundo Regular e a dos Fundos Específicos, os quais voltam-se para finalidades diferentes e complementares.

Durante o Processo de Fortalecimento, que avaliou a relação positiva entre a sustentabilidade financeira do sistema e a melhora de sua atuação, alguns países defenderam o aumento da designação da contribuição dos países ao Fundo Regular.

Esta metodologia, de acordo com seus defensores, aumentaria a independência do sistema, já que reduziria a relevância dos Fundos Específicos que contam ainda com contribuições de agentes externos, como Estados observadores e outras instituições.

O aumento do Fundo Regular ainda poderia aumentar a previsibilidade de atuação dos órgãos do SIDH, já que é composto de contribuições obrigatórias anuais e, conseqüentemente, menos voláteis.

Ocorre que os processos em questão são complementares pois garantem uma maior designação de recursos ao sistema com todas as conseqüências benéficas da destinação regular, além de buscar um aumento das contribuições voluntárias, que possuem menos entraves burocráticos, considerando-se que não passam por processos de negociação na complexa estrutura do SIDH.

Este inclusive foi o direcionamento tomado pela Assembleia Geral na Resolução AG/RES. 1 (XLIV-E/13), referente ao resultado do processo de reflexão sobre o funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de 22 de março de 2013:

A Assembleia Geral resolve:

(...)

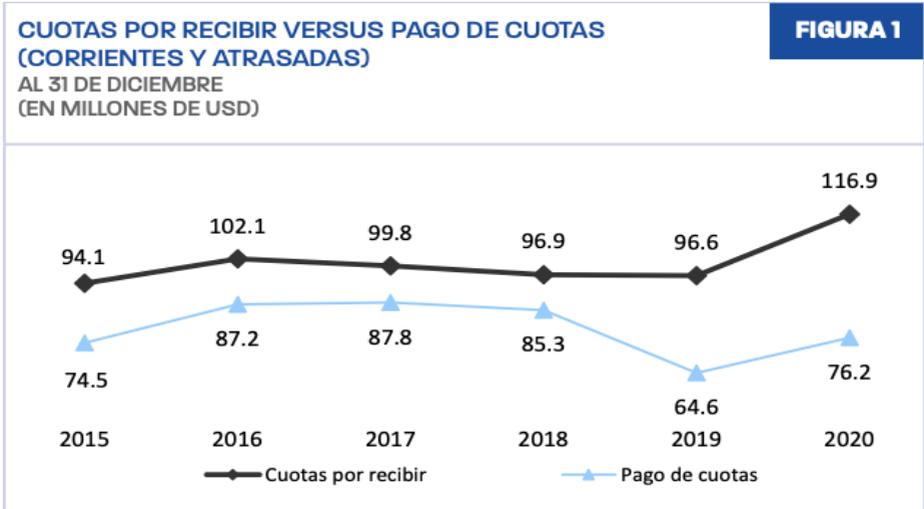
Reafirmar seu compromisso de buscar o pleno funcionamento do SIDH através do Fundo Regular da Organização dos Estados Americanos (OEA) sem que isso seja feito em detrimento do financiamento de outros mandatos da Organização. Enquanto se alcança este compromisso, convida os Estados membros, os Estados observadores e outras instituições a continuar a realização de contribuições voluntárias no marco das Diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos 2011-2015 e do Plano Estratégico da CIDH 2011-2015, preferencialmente sem fins específicos.

Solicitar ao Secretário Geral que apresente ao Conselho Permanente, com a maior brevidade possível, uma análise detalhada e atualizada dos custos do pleno funcionamento dos órgãos do SIDH.

Percebe-se que existe uma preocupação com a previsibilidade do sistema sem olvidar a necessidade de contar com recursos extraorçamentários decorrentes de boas práticas entre os Estados envolvidos, o que evidencia uma real preocupação com o custeio efetivo do sistema.

Com efeito, a preocupação não é infundada. Conforme se observa do gráfico abaixo, referente a Auditoria Anual de Contas e Estados Financeiros de anos orçamentários encerrados em 2020 e 2019, é possível perceber que existe um passivo de valores por receber de cotas bastante grande. Seja por atraso, seja por simples inadimplemento.

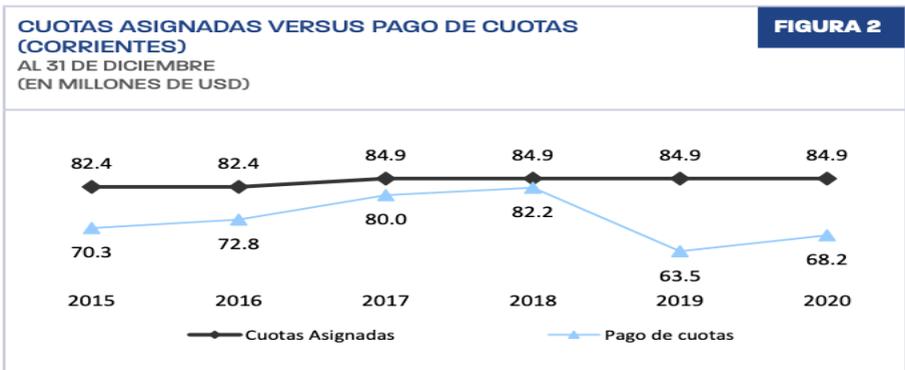
QUADRO 1 – COTAS POR RECEBER VERSUS PAGAMENTO DE COTAS (CORRENTES E ATRASADAS)



Fonte: Informe ao Conselho Permanente. Auditoria Anual de Contas e Estados Financeiros (anos terminados em 31 de dezembro de 2020 e 2019).

A situação não é diferente em relação às cotas atuais designadas. Em verdade, conforme se observa do gráfico, existe uma tendência de redução do repasse que se acentua no período de 2019 a 2020, coincidindo com o período de pico de pandemia de Covid-19.

QUADRO 2 – COTAS DESIGNADAS VERSUS PAGAMENTO DE COTAS CORRENTES



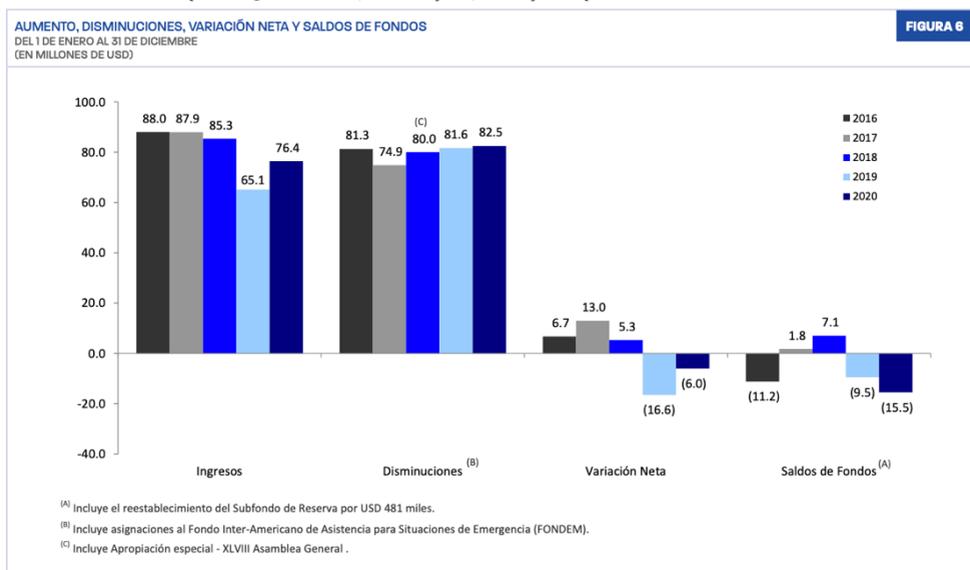
Fonte: Informe ao Conselho Permanente. Auditoria Anual de Contas e Estados Financeiros (anos terminados em 31 de dezembro de 2020 e 2019).

Embora sejam notórios os efeitos do impacto orçamentário que a crise sanitária causou, é também notório que a violação de direitos neste período foi proporcionalmente aumentada e o fortalecimento de sistemas de proteção, como o SIDH são mecanismos que merecem reforço.

Conforme aponta a auditoria realizada por Auditores Externos da OEA (2021, p. 33), em 31 de dezembro de 2020, o Subfundo de Reserva encerrou o ano com um saldo deficitário de 15,5 milhões de dólares, o qual já contava com um saldo de 40,7 milhões de dólares por cobrar.

Entre os anos de 2016 e 2020, observa-se o seguinte panorama de aumentos, diminuições, variações líquidas e saldos de fundos.

QUADRO 3 – AUMENTO, DIMINUIÇÕES, VARIAÇÃO LÍQUIDA E SALDOS DE FUNDOS



Fonte: Informe ao Conselho Permanente. Auditoria Anual de Contas e Estados Financeiros (anos terminados em 31 de dezembro de 2020 e 2019).

É importante, ainda, chamar atenção para o fato de que apesar dos compromissos financeiros assumidos pelos Estados membros, a maior destinação de recursos ao chamado Fundo Regular do SIDH implica em

atrelar os valores a problemas estruturais e políticos da OEA, uma vez que este fundo tem a finalidade genérica de manter seu funcionamento.

A falta de pagamento de cotas e a progressiva redução das contribuições para cobrir os gastos são alguns exemplos dos desafios que o SIDH enfrenta, assim como a aguda crise financeira a que o mundo todo está submetido.

Em todo caso, importa frisar que o fortalecimento financeiro do SIDH é condição fundamental para que seja possível a implementação de direitos, sendo um passo necessário para que se vislumbre um mínimo de coerência entre o discurso dos Estados envolvidos e suas práticas.

#### **4. Condenações envolvendo o Brasil e o financiamento de direitos**

A partir da análise orçamentária e de repasses realizada no âmbito do SIDH, toma-se o Brasil como Estado membro exemplo a ser avaliado, a partir da redução gradativa de repasse de recursos<sup>9</sup> que este país vem realizando e tomando-se por base as condenações envolvendo o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Conforme se passa a demonstrar neste ponto, o Brasil possui recursos para implementar as decisões referentes a condenações pela violação de direitos humanos, tanto que fatores orçamentários não foram considerados como relevantes como indicadores de não cumprimento de sentenças.

A despeito disto, o Estado não demonstra aderência ao seu compromisso internacional de custear o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, reduzindo os repasses orçamentários que deveria despende ao ente em questão.

---

<sup>9</sup> Importa destacar que desde o governo Dilma existe um atraso nos repasses orçamentários aos organismos internacionais por parte do Brasil. Embora tenha existido um breve período de quitação financeira no governo Temer, atualmente, no governo Bolsonaro, voltou-se a realizar repasses de forma deficitária. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/divida-do-brasil-com-organismos-internacionais-se-acumula-pais-pode-perder-direito-voto-em-foruns-multilaterais-24750514>. Acesso em 21 de setembro de 2021.

Historicamente, o segundo maior contribuinte do Fundo Regular da OEA, já que as cotas são calculadas com base no tamanho das economias e capacidades contributivas dos países.

Na última década, o Brasil teve designada cotas em percentuais significativos, juntamente com Estados Unidos da América (EUA) e Canadá, sendo estes três países responsáveis por grande parte do orçamento da OEA, com o agravante de que os EUA, em todo caso, não possuem histórico de contribuição regular aos organismos internacionais.

Registra-se que somente no ano de 2021, o Brasil é esperado para contribuir sozinho com 13,408% do orçamento total, sendo inferior apenas aos Estados Unidos da América, cuja economia é a mais portentosa da América.

## QUADRO 4 – DESIGNAÇÃO DE COTAS REFERENTES AO FUNDO REGULAR DA OEA PARA O ANO DE 2021



**OEA** Más derechos  
para más gente

## ANEXO I

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS  
FUNDO REGULAR  
ASIGNACIÓN DE CUOTAS PARA EL FONDO REGULAR 2021  
(US\$)

Estados Miembros	Porcentaje asignado	Cuota asignada	Reembolso de impuestos	<sup>a</sup> Crédito	Total
Antigua y Barbuda	0,029%	24.700			24.700
Argentina	3,229%	2.755.700			2.755.700
Bahamas	0,051%	43.500			43.500
Barbados	0,032%	27.300			27.300
Belize	0,029%	24.700			24.700
Bolivia	0,075%	64.000			64.000
Brasil	13,408%	11.442.500			11.442.500
Canadá	10,549%	9.002.600		250.920	8.751.680
Chile	1,523%	1.299.700		36.225	1.263.475
Colombia	1,763%	1.504.600			1.504.600
Costa Rica	0,276%	235.500		4.370	231.130
Dominica	0,029%	24.700			24.700
Ecuador	0,433%	369.500			369.500
El Salvador	0,082%	70.000			70.000
Estados Unidos	56,310%	48.055.600	5.300.000 <sup>b</sup>		53.355.600
Grenada	0,029%	24.700			24.700
Guatemala	0,184%	157.000			157.000
Guyana	0,029%	24.700			24.700
Haití	0,029%	24.700			24.700
Honduras	0,046%	39.300			39.300
Jamaica	0,057%	48.600		1.356	47.244
México	6,964%	5.943.200		165.642	5.777.558
Nicaragua	0,029%	24.700		382	24.318
Panamá	0,206%	175.800			175.800
Paraguay	0,094%	80.200		798	79.402
Perú	1,082%	923.400			923.400
República Dominicana	0,288%	245.800			245.800
San Kitts y Nevis	0,029%	24.700			24.700
Santa Lucía	0,029%	24.700			24.700
San Vicente y las Granadinas	0,029%	24.700			24.700
Suriname	0,029%	24.700			24.700
Trinidad y Tobago	0,139%	118.600			118.600
Uruguay	0,321%	273.900			273.900
Venezuela	2,088%	1.781.900			1.781.900
Subtotal	99,519%	84.929.900	5.300.000	459.693	89.770.207
Cuba <sup>c</sup>	0,480%	409.600			409.600
TOTAL	99,999%	85.339.500	5.300.000	459.693	90.179.807

a. Representa el 1% de la cuota del año 2020 si el total de esta cuota fue pagada completamente antes del 31 de marzo de 2020, más 2% del pago antes del 28 de febrero de 2020 y 3% si recibido al 31 de enero de 2020.

b. La cantidad que se muestra es un estimado y puede diferir del monto total a cobrar.

c. Se muestra únicamente para establecer el porcentaje correspondiente a cada Estado Miembro.

Fonte: Orçamento aprovado da Organização dos Estados Americanos para o ano de 2021.

Disponível em [https://www.oas.org/budget/2021/Presupuesto\\_Aprobado\\_2021.pdf](https://www.oas.org/budget/2021/Presupuesto_Aprobado_2021.pdf)

Ao se analisar o plano interno, de cumprimento das sentenças condenatórias envolvendo o Brasil perante a CorteIDH, observou-se conforme

disponível no portal da transparência do governo federal<sup>10</sup>, que os fatores orçamentários ou fiscais não são óbices reais à implementação das determinações do SIDH.

Com efeito, a previsão orçamentária sob a rubrica “pagamento de indenização às vítimas de violação das obrigações contraídas pela União por meio da adesão a tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos” existe pelo menos desde 2004 (BRASIL, 2004a, não paginado), ou seja, anterior à primeira condenação do Brasil perante a Corte IDH, que só ocorreu em 2006.

Muito embora se observe também uma discrepância entre os pagamentos efetivamente realizados e o provisionamento e destaque de recursos, é importante frisar que os recursos existem e estão disponíveis orçamentariamente.

Conforme aponta FRANCO NETO (2021), o cumprimento das medidas de reparação pecuniária acaba sendo o dispositivo das sentenças condenatórias que possuem maiores chances de efetividade.

Não há motivo lógico, desta forma, que justifique o não repasse de recursos decorrentes de obrigação assumida pelo próprio Estado com a OEA a fim de garantir seu funcionamento.

## **Conclusão**

O objetivo a que este trabalho se propôs foi o de analisar o financiamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos enquanto categoria de operacionalização do Direito e de critério de engajamento dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos.

---

<sup>10</sup> A Lei Complementar nº 131/2019 trouxe a obrigação de que Estados, União e Municípios divulguem na rede mundial de computadores, em tempo real, os seus gastos. Muito embora o portal já exista desde 2004 e seja um sítio eletrônico de acesso livre, a lei em questão contribuiu para que houvesse um aperfeiçoamento na divulgação dos dados. Disponível em <http://www.portaltransparencia.gov.br/>.

Ainda que de matriz controvertida, este tema pode ser compreendido como um núcleo de contribuições financeiras dos países que colaboram para o funcionamento do Sistema e condicionam a validade e eficácia de todos os órgãos que o compõem.

Com esta meta-trabalho, após metodologicamente dimensionar este trabalho a partir de tópicos elucidativos sobre (1) uma suma teórico-procedimental sobre o mister da Corte e Convenção Interamericana de Direitos Humanos a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos; (2) a estruturação do financiamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; (3) o contexto em que se insere o Estado brasileiro na contribuição orçamentária diante das condenações sobre as violações de direitos humanos, e concluir (6) pela necessidade de ampliação e fortalecimento do aporte financeiro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como instrumento da materialização da proteção dos direitos humanos, afim de que não se admita a paralização do trabalho desta organização internacional por falta de verbas.

O âmago desta pesquisa científica se encontra(ou), portanto, no olhar de importância que se deve dar à tentativa, cada vez maior, de efetivar os Direitos Humanos e, sendo assim, entender que a legislação pátria – com a abertura constitucional e com a pactuação de tratados internacionais (neste caso, os que regem a América Latina) – a quando da não resolução dos casos e tutela efetiva do cidadão a partir das disposições do orçamento brasileiro, é interdependente dos tratados internacionais, sobretudo os ratificados pelo Brasil, e, neste caso, o país deve ter uma organização orçamentária mais condizente com seus propósitos previstos em tratados internacionais e na Constituição Federal, a fim de garantir a materialização dos princípios, costumes e normas de grande relevância para os entes em âmbito internacional.

Em suma, conclui-se que o financiamento dos sistemas internacionais de direitos humanos é uma das formas de garantir a promoção e proteção destes direitos. Ocorre que os países comprometidos por tratados e outros instrumentos não apresentam aderência efetiva a estes pactos, ainda que tenham recursos disponíveis para tanto.

O Brasil, aqui analisado, é um grande exemplo disto. Muito embora tenha recursos disponíveis para a efetivação de direitos, conforme demonstram números apresentados pelo próprio governo federal, este omite-se em realizar remessas orçamentárias que são necessárias ao funcionamento regular dos institutos em questão.

Além do Brasil, é importante asseverar que os Estados-membros do Sistema Interamericano devem cumprir com o financiamento do organismo, em especial, utilizar suas contribuições como forma de garantia e funcionalidade do Sistema, pois isso representa um dos instrumentos de defesa das arbitrariedades estatal e da regra da maioria, logo suscita a obrigação *erga omnes, necessariamente*, devendo ser um imperativo de proteção dos direitos humanos em face aqueles que vierem a violá-los.

## Referências

- AGUIAR, Ana Laura Becker e GODOY, Gabriel Gualano. **Corte Interamericana de Direitos Humanos e a ampliação do conteúdo material do conceito normativo de jus cogens**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Ano 8, Volume 8, Número 8, 2008. Disponível em: [www.ibdh.org.br/ibdh/Revistas/revista\\_do\\_IBDH\\_numero\\_08.pdf](http://www.ibdh.org.br/ibdh/Revistas/revista_do_IBDH_numero_08.pdf). Acesso em: 11/nov/2013.
- BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Cláudio; NIKKEN, Pedro. Manual Internacional de Derechos Humanos. San José: IDH I Editorial Jurídica Venezolana, 1990.
- BRASIL. Lei nº 10.837, de 16 janeiro de 2004. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2004. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de jan. 2004<sup>a</sup>. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

CCIVIL\_03/\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.837.htm. Acesso em: 17 de setembro de 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2ª ed. atual. e ampl., San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004.

\_\_\_\_\_, Antônio Augusto. **La ampliación del contenido material del ius cogens**. Organización dos Estados Americanos. Disponível em: [www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf). Acesso em: 11/11/2013.

BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 1ª ed. Lisboa: Coimbra, 2008.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2º ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021.

DOCUMENTOS de execução da despesa pública. Portal da Transparência. 2020. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov/despesas/favorecido?faseDespesa=3&favorecido=4720173&ordenarPor=valor&direcao=desc>. Acesso em: 19 de setembro de 2021.

FRANCO NETO, Laércio Dias. **Meios de garantir o cumprimento às sentenças da CorteIDH: uma análise a partir das condenações do estado brasileiro**. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Junta de Auditores Externos. **Informe ao Conselho Permanente. Auditoria Anual de Contas e Estados Financeiros dos anos terminados em 2020 e 2019**. Março, 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ASSEMBLEIA GERAL. Assembleia Geral na Resolução AG/RES. 1 (XLIV-E/13).

PIOVESAN, Flávia. **Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos**. In GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Editora Saraiva, 12<sup>a</sup> edição, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMIREZ, Sergio García. **Processo internacional de Direitos Humanos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODAS, João Grandino. **Jus Cogens em Direito Internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, Universidade de São Paulo, v. LXIX, faz. II, 1974

## **O déficit orçamentário da defensoria pública da união: consequências no acesso à justiça**

*Rafaela Teixeira Sena Neves*<sup>1</sup>

*Layse Reis Nunes*<sup>2</sup>

*Sophia Chaves de Oliveira e Miranda*<sup>3</sup>

### **Introdução**

Segundo a doutrina de Daniel Sarmiento (2004), os direitos fundamentais no parâmetro liberal são visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão dos direitos individuais positivados na ordem jurídica. No entanto, com o advento do Estado Social, não apenas novos direitos ligados à garantia da igualdade material foram positivados, como também a visão referente aos antigos direitos liberais sofreu uma relevante mudança.

A doutrina vai agora abordar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que representa a eficácia irradiante dos valores carregados por eles sobre todos os campos do ordenamento jurídico.

Passa-se a entender que não basta que os poderes públicos se abstenham de violar tais direitos, mas também que cabe ao Estado assegurar as

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal do Estado do Pará. Professora do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Advogada.

<sup>2</sup> Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Pará.

<sup>3</sup> Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Pará.

condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte para sua atuação. Nas palavras de Konrad Hesse (1991, p. 101), “a Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser”, isto é, possui vontade própria, que Hesse denomina de “força normativa da Constituição”.

Nessa perspectiva, o direito de acesso à justiça está previsto no Título II da Constituição Federal, intitulado como “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, especificamente no art. 5º, inc. XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASISL, 1988, online).

No entanto, o objetivo fundamental de alcançar uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF) reside na efetiva possibilidade de ofertar o acesso à justiça para todos os cidadãos, motivo pelo qual a Defensoria Pública foi a Instituição estabelecida dentre os atores considerados essenciais à justiça pela Constituição, eis que aquela promove a proteção dos direitos humanos e a defesa, na esfera judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos de forma integral e gratuita aos segmentos socialmente vulnerabilizados (art. 134, *caput*, CF).

Desse modo, a existência da Defensoria Pública representa aos grupos vulneráveis, “O direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades. Direito essencial que assiste a qualquer pessoa, especialmente àquelas que nada têm e de que tudo necessitam”, nas palavras do Ministro Celso de Mello (2005, p. 86) na ADI 2903. Contudo, apesar disso (ou por esse motivo), o fortalecimento dessa Instituição encontra diversos óbices políticos

e jurídicos que desencadeiam uma série de limitações orçamentárias e estruturais que prejudicam a efetividade do acesso à justiça, em desrespeito à força normativa da Constituição.

Nesse contexto, ressalta-se que a demanda de atendimentos iniciais, normalmente já alta, tornou-se elevadíssima após o agravamento da pandemia provocada pelo Covid-19. Esse significativo aumento de demanda vem causando prejuízo não apenas aos assistidos, que estão deixando de receber assistência, mas também aos integrantes do quadro de funcionários, estagiários e membros da Instituição, eis que a sobrecarga de trabalho gera prejuízos à saúde física e emocional.

Portanto, o presente artigo busca investigar os motivos e o impacto da precarização estrutural da Defensoria Pública, especificamente no âmbito federal, questionando-se: em que medida o déficit orçamentário da Defensoria Pública da União impacta o acesso à justiça? Tal questionamento considera a relevância e atualidade da disciplina, motivo pelo qual a temática foi escolhida e se mostra ainda mais importante no contexto de concretização da Emenda Constitucional nº 80/2014, que no ano de 2022 encontrará o limite temporal indicado para que todas as unidades jurisdicionais contem com defensores públicos em números proporcionais à demanda e à respectiva população. Ademais, pretende-se analisar a relação da Emenda Constitucional 95/2016 com o tema, e o possível óbice que interpõem-se frente à EC nº 80/2014.

Em relação à metodologia utilizada, o presente trabalho baseia-se nos métodos de pesquisa bibliográfico, documental e jurisprudencial, o qual consiste em pesquisa de artigos científicos, dissertações, livros, dispositivos constitucionais, legais, relatórios oficiais e julgados relevantes acerca da temática abordada, a fim de verificar se o atual orçamento da DPU é suficiente para manter o número adequado de Defensores Públicos Federais e servidores para atender a demanda populacional.

Além disso, considerar-se-á a abrangência populacional das unidades de atendimento em âmbito nacional; se há disparidade em relação a outros órgãos e instituições, bem como o cumprimento da EC n. 80/14 e sua relação com o óbice interposto pela EC n. 95/2017. Por fim, objetiva-se averiguar se o direito constitucional de acesso à justiça está efetivamente sendo cumprido.

### **1. O acesso à justiça como um direito constitucional: justiça e (des)igualdade**

Os conceitos de justiça e igualdade sempre permearam as discussões jurídicas, ora como princípios, ora como metas a serem perseguidas, impregnados de dualidades nas mais diferentes interpretações que surgem a partir do amplo campo de subjetividades que se projetam. Fato é que as premissas de ambos os conceitos se relacionam intrinsecamente, estabelecendo um cenário de dependência, sendo imprescindível sua caracterização quando se trata do tema em questão: o devido acesso à justiça.

Diversos teóricos do Direito debruçaram-se sobre o tema, construindo as mais amplas acepções de justiça e igualdade. Entretanto, para o presente trabalho será oportuno delimitar a concepção de justiça igualitarista que pretendemos tratar - em contrapartida à noção utilitarista, levando em consideração as peculiaridades de cada indivíduo e, conseqüentemente, os meios dos quais dispõe para acessar o judiciário.

Nesse sentido, a teoria desenvolvida por Ronald Dworkin é pertinente ao relacionar o conceito de justiça com a distribuição igualitária de recursos, apoiando-se, sobretudo, na premissa de que todos os indivíduos inseridos em uma sociedade devem ser tratados com igual respeito e igual consideração, entre si e pelo Estado, concretizando assim um direito constitucionalmente atribuído, qual seja: a dignidade da pessoa humana (DWORKIN, 2002).

Embora o conceito de justiça não seja pacífico na teoria jurídica e filosófica, o trabalho adota, no âmbito filosófico, a definição idealizada por John Rawls, líder da teoria social de justiça liberal igualitária, segundo a qual a liberdade é considerada como primeiro e mais importante princípio a ser garantido pela Constituição de um país. Contudo, para tal liberdade existir de fato, o Estado deve garantir a existência de equidade social, a qual é o segundo princípio da teoria rawlsiana (RAWLS, 2016).

Na esfera jurídica, o acesso à “justiça” pode ser considerado sob dois aspectos: formal e material. O primeiro representa o reconhecimento pelo Estado do direito de pleitear ante o judiciário demandas de interesse individual, coletivo ou difuso. O aspecto material, por sua vez, é a realização fática da previsão normativa positivada, como por meio da simplificação de procedimentos e facilitação de resoluções de conflitos por vias extrajudiciais. Ademais, segundo André de Carvalho Ramos:

Consiste na efetivação desse direito: (i) por meio do reconhecimento da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem a insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV); (ii) pela estruturação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134); (iii) pela aceitação da tutela coletiva de direitos e da tutela de direitos coletivos, que possibilita o acesso à justiça de várias demandas reprimidas; e (iv) pela exigência de um devido processo legal em prazo razoável, pois não basta possibilitar o acesso à justiça em um ambiente judicial marcado pela morosidade e delonga. (RAMOS, 2020, p. 537).

É importante salientar o aspecto econômico que se insere no contexto das desigualdades sociais no Brasil, interferindo diretamente no acesso à justiça. Recordista em desigualdades, o nosso país está entre os dez mais desiguais do mundo e o segundo com a maior concentração de renda (SASSE, 2021). Em 2020, o IBGE publicou a Síntese dos Indicadores Sociais, trazendo estimativas do Banco Mundial quanto ao índice de Gini, um

instrumento criado para medir o grau de concentração de renda de uma sociedade. A concentração de renda estimada pelo Relatório da Organização das Nações Unidas, divulgado em 2019 demonstra que o 1% mais rico da população detém 28,3% da renda total, em contrapartida aos 40% da população mais pobre que possui apenas 10,4%, menos da metade da renda<sup>5</sup>.

Dessa forma, o panorama das desigualdades sociais que pretendemos enfrentar e é o escopo de nosso trabalho, começa a ser desenhado sob o prisma de concentração de renda, que sabemos não esgotar-se em si, restando necessário analisar também as características de raça e etnia, que marcaram o desenvolvimento histórico de uma condição marginalizada.

Nessa perspectiva, a lei orçamentária, nas palavras do ex-ministro Carlos Britto (2006, p. 38) na ADI 4.048, “é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição, porque a que mais influencia na coletividade”, eis que tal lei é responsável pela gestão das finanças do Estado.

Todavia, o orçamento não é mais visto apenas sob o aspecto técnico, econômico e legal, isto é, como um ato normativo de classificação contábil e de compatibilização das receitas às despesas. É também considerado como um instrumento político. Em outras palavras, o orçamento é um plano de ação governamental que vincula os recursos públicos a objetivos que refletem o comprometimento dos líderes executivos e parlamentares com a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, no que tange ao orçamento da Defensoria Pública da União, após as alterações legislativas introduzidas pelas Emendas 45/2004, 74/2013 e 80/2014, não há que se falar em dependência das Defensorias ao Poder Executivo. Sendo Instituição autônoma, os recursos

repassados pelo Poder Executivo não pertencem a este, mas são de transmissão cogente até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, nos termos do art. 168 da Constituição.

Apesar disso, a autonomia administrativa, orçamentária e financeira conferida à Instituição torna-se meramente formal frente à emenda n. 95/2016, que instituiu teto de gastos para a Defensoria Pública da União durante 20 (vinte) exercícios financeiros a partir de 2016.

Os efeitos da referida emenda geraram a inaplicabilidade de políticas públicas essenciais como a efetivação da emenda n. 80/2014, que acrescentou o art. 98, §1º ao Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), segundo o qual “No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo” (BRASIL, 1988).

Desse modo, após mais de 7 (sete) anos da EC 80/14, o prazo fixado pelo legislador está prestes a esgotar-se. No entanto, a meta estipulada pela citada Emenda está longe de cumprir-se, eis que somente 28,7% das subseções judiciárias federais recebem atendimento da DPU, segundo os dados da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Estados de 2021.

De acordo com esse estudo:

Todo o orçamento aprovado para a Defensoria Pública no ano de 2021 corresponde a apenas 0,26% do orçamento fiscal total das respectivas unidades federativas. Ademais, para o orçamento de 2021, os valores destinados à Defensoria Pública serão 313,0% menores que o orçamento do Ministério Público e 1.575,4% menores que o orçamento do Poder Judiciário (IBGE, 2021a).

Em que pese a relevância de citar os contextos históricos da assistência jurídica no Brasil durante o período colonial, imperial e republicano, o

espaço limitado da presente obra impede uma análise analítica sobre o tema, de forma que essa interpretação será restrita à legislação republicana.

Conforme ensinam os professores Edilson Santana, Jorge Bheron e Maurilio Maia (2020) na obra “Custus Vulnerabilis - a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis”, o primeiro registro conhecido acerca da legitimação da Defensoria Pública encontra-se na Lei n° 216, de 9 de janeiro de 1948 do antigo Distrito Federal, no qual o cargo de defensor público é mencionado como classe inicial da carreira do Ministério Público.

Desse modo, o Ministério Público era dividido em “defesa” e “acusação”, em que apenas os promovidos na carreira passavam a ocupar essa segunda função. Tal dinâmica permaneceu até a Lei Complementar Estadual n° 06, de 12 de maio de 1977 do Rio de Janeiro, que criou a Assistência Judiciária como órgão autônomo e não subordinado à Procuradoria-Geral de Justiça.

Na União, a Defensoria Pública foi inicialmente constituída em 1988 com os “advogados de ofício” que atuavam na Justiça Militar. Porém, foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a primeira a citar expressamente a Defensoria, que é mencionada nos artigos 21, XIII; 22, XVII; 24, XIII; 33, §3°; 48, IX; 61, §1°, d); 134 e 235, VIII, bem como no artigo 22 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Dentre os citados dispositivos, o art. 134, *caput*, incumbe à Defensoria o papel de promover aos “necessitados” os direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita (BRASIL, 1988).

Em uma interpretação restritiva do significado de “necessitados”, entende-se que se trata de pessoas em situação de pobreza ou extrema

miséria que não possuem condições de arcar com as custas do processo ou um advogado particular.

Nesse contexto, é necessário uma breve análise do contexto socioeconômico que está sendo vivido no Brasil. Quanto à análise racial, segundo pesquisa realizada pelo IBGE no ano de 2018, pré-pandêmico, apesar da população preta ou parda representar o maior número de cidadãos brasileiros (55,8%), quando se considera o contingente dos 10% com os maiores rendimentos, os negros correspondem à apenas 27,7% deste grupo (IBGE, 2019). Por outro lado, quando consideramos os 10% com os menores rendimentos percebemos que a população preta ou parda abarca 75,2% dos indivíduos. Ademais, no que tange à pobreza monetária, “a proporção de pessoas pretas ou pardas com rendimento inferior às linhas de pobreza, proposta pelo Banco Mundial, foi maior que o dobro da proporção verificada entre os brancos” (IBGE, 2019, online), afirma a pesquisa.

Por fim, em 2018 foi verificado que a taxa de pobreza entre as pessoas brancas era de 15%, em contrapartida aos 32,9% da população preta ou parda. A Fundação Getúlio Vargas (FGV) realizou, em setembro de 2021, pesquisa acerca da desigualdade de impactos trabalhistas na pandemia, considerando os microdados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC)<sup>4</sup>.

Segundo a pesquisa, o aumento do desemprego e o corte do auxílio-emergencial foram fatores determinantes para a intensificação do número de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza, isto é, com menos de R\$261,00 mensais por pessoa. Em 2019, cerca de 10,97% dos brasileiros, ou seja, 23,1 milhões de pessoas viviam em situação de pobreza. Durante a pandemia, esse número variou entre 4,63%, 9,8 milhões de brasileiros,

---

<sup>4</sup> A PNADC é uma pesquisa desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) periodicamente para avaliar indicadores relativos à força de trabalho e outros relacionados ao desenvolvimento socioeconômico do país.

o menor número já registrado, e saltou para 16,1%, 34,3 milhões de pobres, após a suspensão do Auxílio Emergencial e a devolução do Bolsa Família no primeiro trimestre de 2021 (IBGE, 2021b).

O aumento exorbitante em apenas seis meses de quase 25 milhões de pessoas vivendo em situação de pobreza foi temporariamente mitigado após o retorno do auxílio com valor reduzido a partir de abril de 2021, que diminuiu para 12,98%, ou seja, 27,7 milhões, o número de pessoas em situação de miséria, cenário ainda mais grave do que antes da pandemia (IBGE, 2021b).

Nesse contexto, ampliou-se a quantidade dos que necessitam de apoio da Defensoria Pública para alcançar seus direitos. Contudo, a atuação dessa Instituição é forçosamente restringida, porquanto não há estrutura para o atendimento das massas. Assim, o Conselho Superior da Defensoria Pública da União (CSDPU) fixou, por meio da Resolução nº 133, de 7 de dezembro de 2016, o valor de presunção de necessidade econômica para fim de assistência jurídica integral e gratuita de até R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por família, o qual não foi atualizado com base na inflação desde então e tem por base o critério defasado da faixa de isenção do Imposto de Renda. Assim, embora esse valor não vincula a atuação do defensor público, que possui autonomia, é um parâmetro levado em consideração na avaliação de deferimento de assistência jurídica gratuita (SENADO, 2021).

Apesar disso, os atendimentos da Defensoria Pública da União, cuja demanda já era alta durante o período pré-epidêmico, aumentou exponencialmente após a instituição do Auxílio Emergencial, eis que os recursos administrativos e ações judiciais movidos contra a Caixa Econômica Federal são de atribuição da DPU. A título de exemplo, em junho de 2020 o site eletrônico da DPU recebeu cinco milhões de acessos em apenas duas horas em razão da divulgação pelos telejornais do auxílio jurídico prestado pela Instituição relativo apenas ao Auxílio Emergencial (G1, 2020).

Nada obstante, este trabalho propõe uma leitura ampla da expressão “necessitados” citada no *caput* do art. 134 da Constituição Federal, que vai além do fator econômico. Cita-se a definição do Min. Herman Benjamin, no REsp 1.264.116, o qual menciona a função institucional de curadoria especial (art. 72, parágrafo único, do Código de Processo Civil), o exercício de defensoria dativa no processo penal (art. 263 do Código de Processo Penal), e define o que chama de *hipervulneráveis*:

A expressão 'necessitados' (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os **hipervulneráveis** (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012, grifo nosso)

Nesse sentido, o art. 134, §1º da Constituição Federal dispõe sobre a Lei Complementar que organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios, bem como prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados. Tal lei foi positivada em 1994 pela Lei Complementar nº 80, que determina, no art. 4º, as funções institucionais da Defensoria Pública, as quais incluem o exercício da defesa de diversos grupos, tais como:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XI - 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.** (BRASIL, 1994, online, grifos nossos)

Desse modo, verifica-se que a função da Defensoria, como a própria Lei Complementar demonstra, vai além da mera resolução de conflitos de pessoas economicamente hipossuficientes. A doutrina atual não limita a vulnerabilidade ao aspecto financeiro, mas a abrange a grupos com tutela especial pelo direito, como expõe o inciso XI do art. 4º da LC nº 80, bem como pessoas encarceradas, em situação de rua, moradores de ocupações irregulares e outros casos de situações circunstanciais caracterizadoras de vulnerabilidade.

Verifica-se que as funções da Defensoria são amplas. Todavia, para que a missão institucional seja cumprida é necessário avaliar se há meios para realizá-la, eis que nem mesmo a mais básica das funções pode ser exercida adequadamente sem os recursos apropriados para tanto.

## **2. Análise quanto à adequação e proporcionalidade dos créditos orçamentários conferidos à DPU.**

A atividade financeira do Estado é formada por um complexo esquema cujas delimitações básicas estão determinadas no Capítulo II da Constituição Federal, denominado como “Das Finanças Públicas”. Além dele, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00) e a Lei nº 4.320/64 são os principais diplomas normativos reguladores. Aquela dispõe acerca de normas relativas à gestão fiscal, enquanto esta estabelece normas gerais para elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes federados.

Contudo, esse amplo conjunto é materializado por três leis temporárias: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), conforme o art. 165, inc. I, II e III da CF.

Nesse sentido, o PPA possui vigência por quatro anos, e tem como função estabelecer as diretrizes, objetivos e metas de médio prazo da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, §1º da CF).

A LDO é responsável por enunciar as metas e prioridades da administração pública federal, estabelecer as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública, orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispor sobre as alterações na legislação tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (art. 165, §2º, CF).

A LOA, por sua vez, tem como principal objetivo estabelecer a previsão da receita e a fixação da despesa, além de autorizar a abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito (art. 165, §8º, CF).

Nesse contexto, a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal gozam, desde a publicação da Emenda Constitucional nº 74/2013, de autonomia administrativa, financeira e orçamentária. Assim, não se submetem ao Poder Executivo e possuem tratamento análogo a um Poder autônomo, assim como o Ministério Público (CAVALCANTE, 2020). A constitucionalidade da referida Emenda foi ratificada pela medida cautelar concedida na ADI 5296/DF, julgada em 05/11/2020 (STF, 2020) pela Suprema Corte brasileira, que refutou os argumentos de violação da separação de poderes e de vício de iniciativa da citada Emenda, consagrando o reconhecimento desta.

Além disso, apesar de o orçamento brasileiro ser majoritariamente autorizativo, isto é, com despesas de execução discricionária, o repasse de recursos à Defensoria Pública possui tratamento de execução obrigatória, por força de norma constitucional contida no art. 168:

Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, **ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos**, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. (BRASIL, 1988, online, grifo nosso)

Nada obstante, embora o art. 134, §§2º e 3º da CF assegure a autonomia financeira da DPU, a proposta deve seguir os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, sob pena de ser reajustada pelo Poder Executivo antes de encaminhá-la ao Congresso.

Nessa perspectiva, a classificação doutrinária define o planejamento governamental do orçamento como “orçamento programa”, eis que a ação estatal é vinculada a objetivos e metas pré-definidos que são detalhadamente planejados. Embora essa classificação não seja expressamente adotada pela Constituição, os §1º e 2º do art. 165 indicam a utilização dessa classe de orçamento:

Art. 165 (...)

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, **objetivos e metas** da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as **metas e prioridades** da administração pública federal, estabelecerá as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (BRASIL, 1988, online, grifos nossos)

Nesse sentido, o Anexo II do Plano Plurianual vigente (2020-2023) define o Programa de Gestão e Manutenção da Defensoria Pública da

União (n° 29.101.0030), e determina apenas R\$ 606.689,00 para o exercício de 2022, e R\$ 2.445.388,00 no total.

Imagem 1- Valores Referentes à manutenção e gestão da DPU

**PROGRAMA: 0030 - Programa de Gestão e Manutenção da Defensoria Pública da União**

Esfera	Valor 2020 (mil R\$)	Valor 2021 (mil R\$)	Valor 2022-2023 (mil R\$)
<b>Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social</b>	<b>595.156</b>	<b>606.689</b>	<b>1.243.543</b>
Despesas Correntes	571.516	604.221	1.241.156
Despesas de Capital	23.640	2.468	2.387
<b>Valores Globais</b>	<b>595.156</b>	<b>606.689</b>	<b>1.243.543</b>
	<b>2.445.388</b>		

Fonte: Anexo II do Plano Plurianual de 2020-2023.

Já o projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias do exercício financeiro de 2022, aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, contém permissão de *aumento* dos gastos primários, que correspondem à receita menos as despesas e juros da dívida, em R\$ 106,1 bilhões. Destes valores, R\$ 101,5 bilhões são para o Poder Executivo, R\$ 3,2 bilhões para o Judiciário, R\$ 917 milhões para o Legislativo, R\$ 482 milhões para o Ministério Público da União e apenas até R\$ 40 milhões a mais para a Defensoria Pública da União.

Por fim, o projeto de lei orçamentária da União para o exercício financeiro de 2022 previu a dotação orçamentária de R\$ 669.562.054 para a DPU. Em contrapartida, o mesmo projeto fixou R\$ 8.020.656.512 para o MPU e R\$ 4.117.575.641 da receita para a AGU. Essa comparação ressalta a assimetria entre órgãos e instituições que, em tese, possuem paridade de armas (SENADO, 2021).

Além disso, a PLOA para 2022 prevê a dotação fixada em R\$ 574.044.015 para o Programa de Gestão e Manutenção da Defensoria Pública da União, sendo a maior parte da provisão para despesas correntes

de membros, servidores e empregados. Cada programa é desdobrado em ações, contudo, não há, entre as ações previstas nesse projeto, a previsão de investimento plurianual em modernização, aquisição de unidades da Defensoria Pública, ou de construção de novos edifícios sedes, vide:

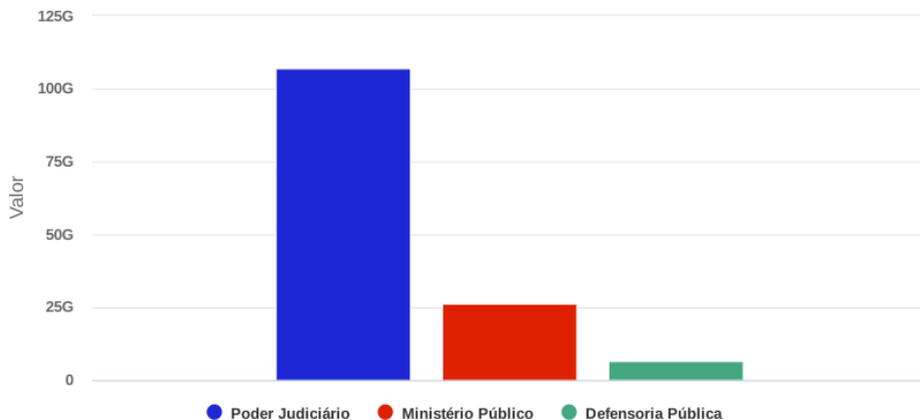
**Imagem 2- Programas de Gestão e Manutenção**

Unidade Orçamentária:	PLOA 2022
29101 - Defensoria Pública da União	574.044.015
<b>Operações Especiais</b>	<b>68.992.428</b>
<b>Ação</b>	<b>PLOA 2022</b>
0181 - Aposentadorias e Pensões Civis da União	20.531.893
09HB - Contribuição da União, de suas Autarquias e Fundações para o Custeio do Regime de Previdência dos Servidores Públicos Federais	48.460.535
<b>Atividades</b>	<b>505.051.587</b>
<b>Ação</b>	<b>PLOA 2022</b>
2004 - Assistência Médica e Odontológica aos Servidores Civis, Empregados, Militares e seus Dependentes	13.389.364
20TP - Ativos Civis da União	268.673.926
212B - Benefícios Obrigatórios aos Servidores Civis, Empregados, Militares e seus Dependentes	25.465.118
216H - Ajuda de Custo para Moradia ou Auxílio-Moradia a Agentes Públicos	200.000
219I - Publicidade Institucional e de Utilidade Pública	3.098.800
21CZ - Apoio à Assistência Jurídica ao Cidadão	84.612.548
2725 - Prestação de Assistência Jurídica ao Cidadão	109.611.831

Fonte: LDO - 2022, Anexo I, inciso XV

Portanto, verifica-se que há claro desequilíbrio no alocamento de recursos entre os atores do sistema de justiça. No gráfico abaixo observa-se a análise comparativa do orçamento anual aprovado, em 2021, para a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Judiciário. Embora os dados sejam referentes às Defensorias Estaduais, escopo diverso do presente estudo, verifica-se que a insuficiência orçamentária repete-se no âmbito estadual.

Tabela 1- Comparativo dos Orçamentos entre a Defensoria Pública, Ministério Público e Poder Judiciário



Fonte: Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (2021). Leis Orçamentárias Anuais dos Estados e do Distrito Federal. Lei n° 14.144/2021.

Nesse ponto, ressalta-se que a atividade financeira do Estado para o Direito Financeiro moderno não enfatiza apenas o aspecto meramente contábil do orçamento público, que prevê receitas e fixa despesas sem critérios norteadores. O aspecto político do documento orçamentário, simbolizado precipuamente pela Constituição Federal, guia as múltiplas finalidades deste, tais como a concretização de políticas públicas e a intervenção na economia. Considerando os dados citados, é fundamental citar a estrutura atual da Instituição defensora. Segundo o Portal de Transparência da DPU (2021), no ano de 2021 a média de Processos de Assistência Jurídica (PAJ's) ativos em toda DPU foi de 552.503 mil para um total de 642 Defensores Públicos Federais. Apenas na unidade de Belém/PA, a média foi de 181.847 para a média de 12 defensores federais.

Embora essa demanda já seja alta, torna-se ainda maior quando se considera a proporção entre a população potencialmente alvo da Defensoria, isto é, a porcentagem populacional que recebe até três salários-mínimos por renda familiar, e o número de defensores. Esse cálculo foi realizado pela Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (PNDP) de 2021,

que levou em consideração a estimativa da população realizada pelo IBGE em 2020, de aproximadamente 211.755.692 habitantes.

De acordo com a pesquisa, apenas na área abrangida pelo TRF da 1<sup>o</sup> Região, a razão entre a população alvo para cada defensor é de 321.907 habitantes. Nada obstante, esse quantitativo leva em consideração apenas a população da área da 1<sup>o</sup> Região, que integra o grupo de 5 Regiões Federais. Esse conjunto total é subdividido em 27 seções judiciárias, formadas por cada Estado e pelo Distrito Federal (art. 110 da CF) e 279 subseções judiciárias federais.

Todavia, segundo a PNDP:

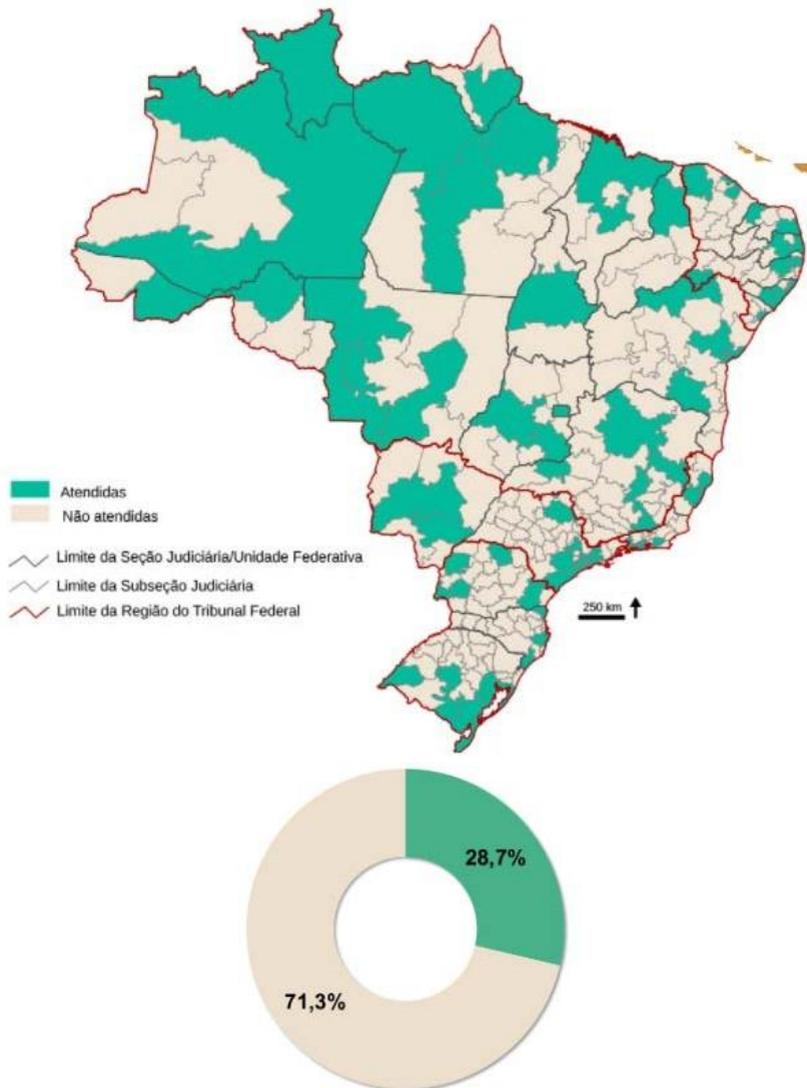
Em virtude do insuficiente quantitativo de Defensores(as) Públicos(as) Federais, apenas 80 subseções judiciárias federais são regularmente atendidas pela Defensoria Pública da União, representando 28,7% do quantitativo total (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2021, online).

Dessa forma, 199 subseções judiciárias federais, correspondentes a 71,3% do total, estão privadas da atuação da DPU, vide o gráfico: <sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Informações da PNDP atualizadas até 10/03/2021. Melhor visualização da imagem em <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/cartografia-da-defensoria-publica-no-brasil-2021/>

Figura 3- Mapa de atuação da Defensoria Pública



■ Seções Judiciárias atendidas: 80      ■ Seções Judiciárias não atendidas: 199

Fonte: Defensoria Pública da União | Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (2021).  
Dados sobre a base geográfica de jurisdição das seções e subseções judiciárias federais obtidos junto aos Tribunais Regionais Federais. Dados sobre as seções e subseções atendidas pela Defensoria Pública da União obtidos junto à DPU. Informações atualizadas até 10/03/2021

Na prática, isso significa que por volta de 78.151.410 milhões de habitantes com renda familiar de até 3 salários mínimos, ou seja, economicamente vulneráveis, estão excluídos dos serviços jurídico-assistenciais oferecidos pela Defensoria Pública da União, o que representa pelo menos 40,7% da população que não pode arcar com as custas de um advogado particular e estão impedidas de ter acesso ao patrocínio pela Defensoria no âmbito federal.

Verifica-se que existe, portanto, nítida sub-representação da Defensoria no cenário nacional, a qual está intimamente relacionada com a ausência de repasses financeiros adequados. Segundo a Associação Nacional de Defensores Públicos Federais (ANADEF), estima-se que a quantidade adequada de Defensores para o atendimento da demanda é de 1.483 na esfera federal (ANADEF, 2021).

Nesse sentido, o último concurso para membro na carreira da DPU, realizado em 2017, encontra-se suspenso até 19/12/2023, enquanto mais de 90 aprovados aguardam a nomeação por ausência de verba para contratação (DPU, 2021b). Por outro lado, apenas no Ministério Público Federal existem, no total, 1169 membros ativos<sup>6</sup>, a Justiça Federal possui 1.951 magistrados e a Advocacia Geral da União possui 3.866 membros ativos nas carreiras, segundo dados do Portal da Transparência e do Conselho Nacional de Justiça (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2020).

Frisa-se que os recursos humanos são formados, além dos membros da carreira, pelos servidores. Na DPU, 80% destes são cedidos de outros órgãos, ou seja, não obtiveram a formação adequada para o atendimento assistencial jurídico.

---

<sup>6</sup> atualizado até 30/09/2021.

Nesse contexto, conforme será exposto no item a seguir, a perpetuação da negação de direitos fundamentais para milhões de pessoas foi agravada pela Emenda Constitucional n° 95/2017, que instituiu o teto de gastos durante 20 exercícios financeiros, e impactou diretamente a DPU.

### **3. O possível descumprimento da Emenda Constitucional n. 80/2014 e a relação com a EC n. 95/2016.**

A Emenda Constitucional n° 80 de 4 de Junho de 2014 é responsável por alterar significativamente a concretização dos direitos fundamentais instituídos em nosso ordenamento. O instrumento normativo acrescentou o artigo 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente à meta programática da atuação da Defensoria Pública na promoção do justo acesso à justiça e efetivação dos direitos humano, nos termos que se seguem:

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

**§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.**

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. (BRASIL, 1988, online, grifo nosso).

Dessa forma, passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro normas que estabelecem precisamente o tempo em que deverá se dar a concretização do quadro funcional da Defensoria Pública em todas as unidades jurisdicionais. Considerando que a referida EC foi promulgada em Junho de 2014, o limite temporal estabelecido no ato normativo se esgota

em Junho de 2022. Além disso, o art. 235, VII da Constituição Federal dispõe que:

Art. 235. Nos dez primeiros anos da criação de Estado, serão observadas as seguintes normas básicas:

VII - **em cada Comarca**, o primeiro Juiz de Direito, o primeiro Promotor de Justiça e o **primeiro Defensor Público serão nomeados pelo Governador eleito após concurso público de provas e títulos** (BRASIL, 1988, online, grifo nosso)

Destarte, cumpre analisarmos a Emenda Constitucional nº 95 de 15 de Dezembro de 2016 que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a fim de instituir o Novo Regime Fiscal que vigorará por 20 exercícios financeiros, ou seja, até 2036, conforme a nova redação dada pelo artigo 106 da Constituição Federal. A referida EC, conhecida como “Teto de Gastos”, é responsável por congelar gastos públicos da União, incluindo aqueles atribuídos à Defensoria Pública da União, de acordo com o artigo 107, inciso V, sendo oportuna sua transcrição:

Art. 107. **Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:**

- I - do Poder Executivo;
- II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário;
- III - do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo;
- IV - do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; e
- V - **da Defensoria Pública da União.** (BRASIL, 1988, online, grifo nosso)

Tal alteração configura afronta direta à Emenda Constitucional n. 80/2014, eis que o preceito mandamental estabelecido por esta é esvaziado frente ao contingenciamento de gastos. Segundo Igor Roque, o então Presidente da Anadef em 2017, a Emenda n° 95/16 não apenas barrou a expansão da DPU, mas também colocou em risco a manutenção das unidades já existentes, ensejando risco de fechamento em razão da falta de recursos para manutenção destas (CONGRESSO EM FOCO, 2021).

Além disso, ele também alerta para o agravamento das disparidades sociais vivenciadas no Brasil, levando em consideração que há mais defensores públicos em Santa Catarina, por exemplo, do que no sertão nordestino. Isto é, os lugares historicamente mais pobres não estão recebendo a assistência devida, submetendo-os à uma hipervulnerabilidade, considerando que várias comarcas não possuem nenhum membro da DPU para realizar a defesa adequada de direitos (IBGE, 2019).

Como citado anteriormente, porém, a Lei de Diretrizes Orçamentárias do exercício financeiro de 2022, já aprovada, permitiu a elevação de gasto primário em R\$ 40 milhões para a Defensoria Pública da União. Contudo, esse valor representa apenas 0,04% do total (R\$ 106,1 bilhões). Além da provisão desproporcional, esta não é suficiente para atender aos gastos necessários para a manutenção e interiorização institucional (SECRETARIA GERAL, 2021).

Quanto à constitucionalidade da EC n° 95/16, várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas questionando-na. São seis delas: ADIs 5715, 5734, 5633, 5658, 5655 e 5680, todas de relatoria da Min. Rosa Weber (JUSBRASIL, 2017). Nestas, partidos políticos e entidades de classe impugnam violação ao rito procedimental, bem como aos direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, a possibilidade de colapso da saúde pública, mesmo antes do agravamento da crise sanitária decorrente da pandemia do coronavírus.

Nessa linha, várias autoridades internacionais se manifestaram no mesmo sentido. Em 2020, sete Relatores da ONU<sup>7</sup> publicaram nota crítica sobre a política econômica e social adotada pelo governo, especificamente em relação à EC n° 95/16, que priorizou a economia em detrimento da população, principalmente da parcela mais vulnerável, como “mulheres e crianças que vivem na pobreza, brasileiros de ascendência africana, populações rurais e pessoas que vivem em assentamentos informais” (UNHR, 2020, online). Além disso, segundo os especialistas:

Os cortes no financiamento pelo governo violam os padrões internacionais de direitos humanos, incluindo educação, habitação, alimentação, água e saneamento e igualdade de gênero (...) Chegou a hora de revogar a Emenda Constitucional 95 e outras medidas de austeridade contrárias aos direitos humanos internacionais (...) (UNHR, 2020, online, tradução livre

Além disso, a vencedora do prêmio Nobel da paz, Malala Yousafza (2020), enviou carta ao Supremo Tribunal Federal, em nome da Organização Malala Fund, demonstrando preocupação com o acesso à educação de meninas jovens, principalmente em razão da pandemia, e solicitou a revogação da EC n° 95/16 em razão da ligação direta com a violação de direitos sociais, vide trecho:

O acesso à educação das meninas estimula o crescimento econômico global, melhora a saúde pública, promove a sustentabilidade ambiental e reduz os conflitos. Contudo, **a Emenda Constitucional 95 (EC95/2016) não apenas impede que os formuladores de políticas brasileiras acessem os recursos necessários para garantir que todas as meninas possam ir à escola, mas também dificulta a capacidade do país de enfrentar a atual crise.** Uno- me

---

<sup>7</sup> Os relatores que assinaram o Pronunciamento conjunto foram: Juan Pablo Bohoslavsky, especialista em dívida externa e direitos humanos; Léo Heller, relator especial sobre os direitos humanos à água e ao esgoto sanitário; Ivana Radacic, presidente do grupo de trabalho sobre discriminação contra a mulher na lei e na prática; Hilal Elver, relatora especial para o direito humano à alimentação; Leilani Farha, especialista em direito à habitação adequada; Dalnious Puras, relator para o direito humano à saúde; e Boly Barry, relatora para o direito à educação.

aos líderes da sociedade civil no Brasil solicitando que Vossas Excelências suspendam a EC95 e avaliem se a emenda é constitucional diante da nova realidade social e econômica (YOUSAFZA, 2020, online grifamos)

Essa também é a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, nos apontamentos preliminares da visita *in loco* da CIDH ao Brasil em 2018, criticou duramente as medidas econômicas de austeridade, ressaltando que a EC 95/16 perpetua as desigualdades sociais e regionais, conforme extrai-se do trecho:

A CIDH observa que com a adoção da já mencionada Emenda Constitucional N. 95, o novo texto constitucional não faz distinções de caráter substantivo que garanta políticas públicas direcionadas à redução da pobreza extrema e à melhoria das condições de vida da população em situação de rua habitando nas favelas do Brasil.

**A CIDH e sua Relatoria Especial DESCA consideram altamente preocupante a existência de uma política fiscal no Brasil que limita a inversão pública por um largo período de tempo e, portanto, desconhece o princípio de progressividade e não regressividade em matéria de direitos econômicos, sociais e ambientais**

Tendo em mente que um dos objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil é a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a CIDH observa um risco com a redução progressiva dos recursos proporcionalmente necessários para a garantia dos direitos sociais no Brasil. Em particular, essas medidas podem ter um impacto negativo no gozo efetivo de direitos como moradia, saúde e educação, associados à distribuição historicamente desigual de renda e riqueza, o que leva a um cenário que não visa redução das desigualdades sociais, mas sim para o seu aprofundamento e perpetuação (CIDH, 2018, online, grifo nosso)

Assim, as consequências perniciosas do corte de financiamento de programas sociais não atingem somente à Defensoria Pública, mas diversas áreas de interesse público. Nesse sentido, mais de quarenta entidades

da sociedade civil enviaram às Nações Unidas e à Organização dos Estados Americanos (OEA) apelo em razão das limitações geradas pela EC n° 95/16, que impede o adequado enfrentamento à pandemia do coronavírus, pois congela investimento no Sistema Universal de Saúde (SUS), bem como tolhe inúmeros direitos (CIDH, 2018).

Essas são apenas algumas das incontáveis críticas provenientes de pesquisas de entidades nacionais e internacionais sobre o absurdo plano econômico neoliberal de vinte anos que cerceia o investimento em projetos sociais a fim de fortalecer a economia, falhando nesse objetivo, em detrimento dos objetivos constitucionais elencados no art. 3° da Constituição e dos direitos resguardados em toda carta constitucional.

Nada obstante as citadas ADI's estarem pendentes de julgamento, esse estudo considera a referida emenda inconstitucional por vício material, eis que houve inobservância do art. 60, §4°, IV da CF, segundo o qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Existe, portanto, evidente prejuízo do compromisso da Carta Cidadã de 1988 com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3°, I, II, II, CF).

### **Considerações finais**

A Defensoria Pública, em que pese as dificuldades econômicas e estruturais, é uma das mais importantes conquistas políticas, sendo, conforme o art. 134 da Constituição, um verdadeiro instrumento do regime democrático, eis que possui papel fundamental na redução da desigualdade social por meio da inclusão no acesso à justiça de grupos invisibilizados.

Contudo, como foi demonstrado, urge a expansão dessa Instituição para o correto cumprimento da missão finalística de assistência de grupos vulneráveis, cujo número foi intensificado pela crise econômica nacional decorrente da pandemia provocada pelo Covid- 19.

Nesse sentido, a vulnerabilidade deve ser analisada de forma ampla, levando em consideração outros fatores, além da hipossuficiência financeira, tais como relativos à faixa etária, étnicos, sexuais, de gênero, de pessoas em situação de rua, com enfermidade, dependência química, deficiência etc. Nas palavras do Min. Gilmar Mendes na ADI 4636, “Naturalmente sua atribuição precípua é o resguardo dos interesses dos carentes vistos sob o prisma financeiro. Todavia, ressalto, não é a única. Ora, as desigualdades responsáveis pela intensa instabilidade social não são apenas de ordem econômica”.

Porém, a inclusão desses grupos depende da observância dos comandos Constitucionais contidos no art. 235, VII e no art. 98 do ADCT, que preceituam a presença da DPU em todo território nacional. Contudo, essa meta tem sido impedida pela EC nº 95/16, que instituiu teto de gastos por 20 exercícios financeiros, impedindo o investimento em programas sociais, incluindo a DPU, até 2036.

Ainda assim, verifica-se que a alocação de recursos financeiros é desproporcional entre os atores essenciais à justiça, de modo que a Instituição defensora é preterida no orçamento federal, com provisão muito aquém do necessário para sua expansão. Conclui-se que, na prática, a autodeterminação orçamentária da DPU ainda é muito limitada, e meramente simbólica.

Por fim, apesar do déficit orçamentário e atuarial, a Defensoria Pública alcança milhares de assistidos anualmente, garantindo, por meio da prestação de assistência jurídica gratuita e de qualidade, o acesso à justiça, que é a condição para o acesso dos demais direitos. Verifica-se, portanto,

que a fortificação institucional da DPU reflete a efetivação das garantias constitucionais gerais, porquanto sua atuação revela-se como verdadeiro agente de transformação social.

## Referências

BAIXO orçamento da defensoria deixa 33 milhões de pessoas sem apoio jurídico.

**Congresso em foco** (s. L.), 2021. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/cf-premio-e-analise/premio-congresso-em-foco/cortes-no-orcamento-da-defensoria-poem-em-risco- acesso-a-justica-diz-anadef/> Acesso em 01 dez 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto- Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto- lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del3689.htm). Acesso em 05 de outubro de 2021

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Institui o código de processo civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 1 de dez 2021.

BRASIL. Conselho Superior da Defensoria Pública da União. **Resolução n 133, de 7 de dezembro de 2016**. Brasília, Diário Oficial da União, Seção 1, n. 122, p. 1. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=122&data=02/05/2017>. Acesso em 1 de dez 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 80, DE 12 DE JANEIRO DE 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm). Acesso em 1 de dez 2021.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portal da Transparência**. (s. L.), 2020; Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/servidores/consulta?paginaacao>

Simples=false&tamanho Pagina=&offset=&direcaoOrdenacao=asc&orgaosServidor Exercio=OR40106&situacao=1&cargo=ADVOGADO+DA+UNIAO%2CPCURADOR+DA+FAZENDA%2CPCURADOR+DO+BANCO+CENTRAL%2CPCURADOR+FEDERAL&colunasSelecionadas=detalhar%2Ctipo%2CorgaoServidorExercio%2CorgaoServidorLotacao%2CtipoVinculo%2Cfuncao%2Cquantidade&t=gibZnvDasIpv1M46jqGt&ordenarPor=nome&direcao=asc

BRASIL. Controladoria Geral da União. Quadro de Membros ativos. **Portal da Transparência**. ( s. L. ), 2021. Disponível em: [http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/gestao-de-pessoas/quadro-de-membros/ativo/2021/quadro-de-membros\\_2021\\_Setembro.pdf](http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/gestao-de-pessoas/quadro-de-membros/ativo/2021/quadro-de-membros_2021_Setembro.pdf)

BRASIL. Conselho Superior da Defensoria Pública da União. **Resolução nº 133 de 7 de dezembro de 2016**. Diário oficial da União, Edição: 82 | Seção: 1 | Página: 122 Brasília, 2017. Publicado em: 02/05/2017. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/20188438/do1-2017-05-02-resolucao-n-133-de-7-de-dezembro-de-2016-20188343](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/20188438/do1-2017-05-02-resolucao-n-133-de-7-de-dezembro-de-2016-20188343). Acesso em 02 dez 2021;

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **ORÇAMENTOS DA UNIÃO PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA EXERCÍCIO FINANCEIRO 2022** Vol 2. Consolidação dos Programas de Governo. Brasília: Ministério da Economia, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/orcamento/orcamentos-anuais/2022/ploa/VolumelI.pdf>. Acesso em 01 out 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **ORÇAMENTOS DA UNIÃO. PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA EXERCÍCIO FINANCEIRO 2022**, Vol 3, Detalhamento das Ações. Brasília: ministério da Economia, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/orcamento/orcamentos-anuais/2022/ploa/VolumelII.pdf>

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp 1.264.116/RS**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21602570/recurso-especial- resp- 1264116-rs-2011-0156529-9-stj/certidao-de-julgamento-21602573>. Acesso em 01 dez 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4636**. Relator: Min Gilmar Mendes, Plenário. Brasília, 2021. DJE 12/11/2021. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ= AP&classe=ADI& numero=4636>. Acesso em 01 dez 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 2.903**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Brasília, 2005. Data de Julgamento: 01/12/2005. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548579>. Acesso em 01 dez 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.048-MC/DF**, relator. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília, 2011; Data de Julgamento: 14.2.2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18253855/acao-direta-de- inconstitucionalidade-adi-4048-df-stf> Acesso em

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5296 MC/DF**, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, Brasília, Julgado em 26/11/2020. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:2020- 11-04;5296-4752359> . Acesso em 01 dez 2021.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de direitos humanos**. Saraiva Educação SA, 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Constitucionalidade da EC 74/2013, que conferiu autonomia à DPU e à DPDF. Buscador Dizer o Direito**, Manaus, 2020. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/58a2fc6ed39fd083f55d4182bf88826d>. Acesso em: 28/10/2021

CIDH. **Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil**. CIDH, ( s. l. ) 2018 Disponível em: [https://conectas.org/wp-content/uploads/2020/04/Urgent-Appeal-EC-95.pdf?\\_ga=2.109692293.1085118073.1638140212-815024428.1638140212](https://conectas.org/wp-content/uploads/2020/04/Urgent-Appeal-EC-95.pdf?_ga=2.109692293.1085118073.1638140212-815024428.1638140212) documento em ingles

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil. **CIDH**, (s. L.) Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>. Acesso em 01 dez 2021.

CONGRESSO aprova Diretrizes para o orçamento 2022. **Senado**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/15/congresso-aprova-diretrizes-para-o-orcamento-2022>. Acesso em: 01 dez 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2020. Brasília, **CNJ**, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 01 dez 2021.

DEFENSORIA Pública da União ajuda brasileiros que tiveram pedido do auxílio emergencial negado. **G1**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/06/22/defensoria-publica-da-uniao-ajuda-brasileiros-que-tiveram-pedido-do-auxilio-emergencial-negado.ghtml>. Acesso em 1 de dez 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Pesquisa Nacional 2021**. DPU, (s. l.), 2021a. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/>. Acesso em 01 fev 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de Defensor Público Federal de segunda categoria da carreira de defensor público federal da defensoria pública da união edital nº 21 – dpu, de 13 de abril de 2021. **Ofício Circular**. Brasília, DPU, 2021b. Disponível em: [http://www.cespe.unb.br/concursos/DPU\\_17\\_DEFENSOR/arquivos/ED\\_21\\_DPU\\_17\\_DE\\_FENSOR\\_PRORROG\\_VALIDADE.PDF](http://www.cespe.unb.br/concursos/DPU_17_DEFENSOR/arquivos/ED_21_DPU_17_DE_FENSOR_PRORROG_VALIDADE.PDF) Acesso em 01 jan 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Sao Paulo : Martins Fontes, 2002.

GALLI, Marcelo. DPU passa a considerar hipossuficiente quem tem renda mensal de até R\$ 2 mil. **CONJUR**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-03/defensoria-publica-altera-valor-define-criterio-hipossuficiencia>. Acesso em 1 de dez 2021.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. ROCHA, Jorge Bheron MAIA, Maurilio Casas. **Custus Vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte. Editora CEI, 2020.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil. Rio de Janeiro, **IBGE**, n. 323.12(81), v. 41, 12 p, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101681> Acesso em 01 dez 2021.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**, IBGE. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=0-que-e>. Acesso em 01 dez 2021.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Estimativas de população enviadas ao TCU**: Tabelas de estimativas para 1º de julho de 2020, atualizadas e enviadas ao TCU após a publicação no DOU. IBGE, 2021 Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?edicao=28674&t=resultados>

NERI, Marcelo. **Desigualdade de impactos trabalhistas na pandemia**. FGV, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://cps.fgv.br/DesigualdadePandemia>. Acesso em 1 de dez 2021.

NOVAS ações questionam emenda constitucional que limita gastos públicos. **JUSBRASIL**. (s. L.), 2017. Disponível: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/476970719/novas->

acoes- questionam-emenda-constitucional-que-limita-gastos-publicos. Acesso 01 de dez 2021.

POMPEU, Ana. **Teto de gastos: entidade de defensores públicos teme fechamento de unidades pelo país**. Consultor Jurídico, São Paulo, 20 maio 2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-mai-20/entidade-defensores-teme-fechamento-unidades-pais](http://www.conjur.com.br/2018-mai-20/entidade-defensores-teme-fechamento-unidades-pais). Acesso em: 15/11/2021.

PRESIDENTE Bolsonaro sanciona a LDO em 2022. **Secretaria Geral**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2021/agosto/presidente-bolsonaro-sanciona-a-ldo-2022#:~:text=O%20presidente%20da%20Rep%C3%BAblica%2C%20Jair,j%C3%A1%20aprovada%20pelo%20Congresso%20Nacional>. Acesso em: 15/11/2021.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Editora Lumen Juris, 2004.

SASSE, Cintia. Recordista em desigualdade, país estuda alternativas para ajudar os mais pobres. **Senado Federal**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/recordista-em-desigualdade-pais-estuda-alternativas-para-ajudar-os-mais-pobres>. Acesso em 1 de dez 2021.

UNHR. COVID-19: Brazil's irresponsible economic and social policies put millions of lives at risk, UN experts say **.UNHR**. 2021. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25842&LangID= E>

YOUSAFZAI, Malala. (Correspondencia). Destinatário: Supremo Tribunal Federal. Washington, DC. 2020. 1 carta. Disponível em: [https://direitosvalemmais.org.br/wp-content/uploads/2020/05/2020.05.27\\_Letter\\_Supreme\\_Court\\_Brazil.pdf](https://direitosvalemmais.org.br/wp-content/uploads/2020/05/2020.05.27_Letter_Supreme_Court_Brazil.pdf) . Acesso em 01 dez 2021.

## **Sobre os autores**

### **Alice Beatriz Barreto Carneiro Valeriano Lopes**

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Pará..

### **Anna Júlia Reis Araújo dos Reis**

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Pará.

### **Ariane Brito Cal Athias**

Doutora em Direito Administrativo pela PUC de São Paulo (2007). Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia (2001). Professora Adjunta IV da Universidade Federal do Pará - UFPA, cedida ao Ministério Público do Estado do Pará para exercer o cargo em comissão de Assessor do Procurador-Geral de Justiça. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento na Amazônia - PPGDDA (Mestrado Profissional) da UFPA. Professora Titular I de Graduação e do Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais (Mestrado) da Universidade da Amazônia - UNAMA. Admitida para o curso Pós-doutoramento em Direito ? As Gerações dos Direitos Humanos no Marco dos Direitos Sociais ? Perspectiva Comparada: Brasil e Espanha - 2021 na Universidade de Salamanca ? USAL/Espanha.

### **Clarissa Ribeiro Vicente**

Psicanalista em formação pelo Círculo Psicanalítico do Pará. Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Tem experiência nas áreas Direito Constitucional, Direito e Psicanálise, Direitos Humanos e estudos sobre subjetividade, identidade e gênero.

### **Dafne Fernandez de Bastos**

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Pará (UFPA). Especialista em Direito pela Rede de Ensino Anhanguera-Uniderp e EBRADI. Analista Ministerial de Controle Externo no Ministério Público de Contas, atualmente exercendo o cargo de Assessor de Procuradoria no mesmo órgão. Tem experiência na temática de direitos

humanos, direito internacional e controle de contas públicas. Possui interesse na temática do ensino em direitos humanos, na promoção e proteção de direitos humanos e na gestão responsável das contas públicas.

### **Debora Vieira**

Mestra em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA). Integrante do projeto Jovens Processualistas, uma iniciativa da Processualistas. Advogada/Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

### **Hélio Luiz Fonseca Moreira**

Pós-doutor em Psicologia pelo PPGP da Universidade Federal do Pará (2019), doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Pará (2007), mestrado em Sociologia pela Universidade Federal do Pará (2002), Especialização em Educação e Problemas Regionais (1993), graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Pará (1989), e graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (1999). Atualmente é Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas/UFPA, com experiência nas áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal, Sociologia e Metodologia da Pesquisa. Desenvolve estudos nas seguinte linhas pesquisa: "Análise de decisões judiciais em estudo de casos", "Direitos Humanos, Desenvolvimento e Representações Sociais".

### **Larissa Lemos Garzon**

Advogada inscrita na OAB, Seção Pará. Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Especialista em Direito Civil Lato Sensu pela Universidade Anhanguera Uniderp. Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia (UNAMA). Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade de Castanhal (Estácio Castanhal). Membro da Comissão em Defesa do Direito dos Idosos, Crianças e Adolescentes da OAB/PA, subseção Castanhal/PA (triênio 2019/2021).

### **Layse Reis Nunes**

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Pará.

### **Lívia Teixeira Moura**

Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará - PPGD/UFPA, mestrada em direito pelo PPGD/UFPA e bacharela em direito pela Universidade da Amazônia. Em minhas investigações abordo a filosofia da libertação de Enrique Dussel, sua matriz ética levinasiana, o movimento descolonial e o desvelamento da alteridade da experiência latino-americana para a justificação dos direitos humanos. Professora no Centro Universitário Metropolitano da Amazônia. Advogada

### **Marcellia Sousa Cavalcante**

Graduanda do 5º semestre do curso de Direito da Universidade Federal do Pará. Membro-voluntária, no período de 2019 a 2020, do projeto de pesquisa Jurisprudência Socioambiental Positiva (CNPq), vinculado à Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. Ligante da Liga Acadêmica de Direito de Estado (LADE), integrando o grupo de pesquisas em Administração Pública. Membro do projeto de extensão Estudos Constitucionais Compartilhados (ECCOM). Ligante da Liga Acadêmica Jurídico-Criminal (LAJUC), na qual compôs o grupo de pesquisas em Processo Penal, em 2020. Bolsista PRODUTOR em Segurança Pública e Direito. Experiência de estágio na Procuradoria-Geral do Estado do Pará (PGE-PA). Experiência de estágio na Justiça Federal (Seção Judiciária do Pará).

### **Rafaela Teixeira Sena Neves**

Doutora em Direito pela UFPA (2021). Visiting scholar at Human Rights Institute of Columbia University in the City of New York (2019); Global Legal Studies of Wisconsin University (2018-2019); Forsythe Family Program on Human Rights and Humanitarian Affairs of University of Nebraska/Lincoln (2019); Universidad Iberoamericana Ciudad de México (2018); PUC RIO (2017) e na FGV SP (2017). Mestre em Direito pela UFPA (2016). Successfully attended in the Academy on Human Rights and Humanitarian Laws Program of Advanced Studies on Human Rights and Humanitarian Law of the American University Washington College of Law (2015). Pesquisadora Visitante da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2015 e 2019). Bacharela em Direito pelo CESUPA (2014). Professora do CESUPA. Advogada.

### **Sophia Chaves de Oliveira e Miranda**

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Pará.

**Verena Holanda de Mendonça Alves**

Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde foi bolsista por colocação, frente aprovação em primeiro lugar na seleção de 02/2016. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Pará - CESUPA. Professora da Universidade Federal do Pará, onde leciona Direito Penal e Direito Processual Penal. Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia. Coordenadora do grupo Segurança Pública e Direito. Membro do grupo de pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos. Inscrita na OAB/PA sob o nº 19043.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



**[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)**  
**[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)**