

Cadernos

*da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo*

v.3 n.21 2018

Direitos Humanos **Fundamentos e efetividade** **dos direitos humanos**

978-85-92898-21-2



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

©2018 EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

v. 3 n.21 2018 – ISSN 2526-5199

Defensor Público Geral

Davi Eduardo Depiné Filho

Defensor Público Diretor da EDEPE

Rafael Folador Strano

Defensores/as Públicos/as Assistentes da EDEPE

Carolina Dalla Valle Bedicks

Bruno Martinelli Scignoli

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Corpo Editorial

Rafael Folador Strano

Carolina Dalla Valle Bedicks

Bruno Martinelli Scignoli

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Diagramação e Projeto Gráfico

Laura Schaer Dahrouj

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Rua Líbero Badaró, 616 - 4º andar

CEP 01008-000 - São Paulo-SP

Tel.: (11) 3105-0919 - ramal 401

escola@defensoria.sp.def.br

Todos os direitos reservados à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes (Org.)

Caio Santiago Fernandes Santos (Org.)

Edgar Pierini Neto (Org.)

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Fundamentos e efetividade dos direitos humanos

1ª edição

São Paulo

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

2018

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. – Vol. 1 (2016)- . – São Paulo : EDEPE, 2016- .

ISSN 2526-5199

ISBN 978-85-92898-21-2 (v. 3, n. 21, 2018)

1. Direito – Periódico. I. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

CDU 34(05)

Elaborado por Giliardi Pereira Delli Paoli – CRB-8/10114

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

No exercício de sua missão constitucional de realizar a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 134, da Constituição Federal), a Defensoria Pública veicula ao sistema de justiça realidades e pleitos até então inexplorados pela doutrina jurídica tradicional. Esta atuação peculiar, criativa e inovadora merece o respectivo registro.

Publicados pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE, os Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo pretendem concentrar a produção de conhecimento pautada pela vulnerabilidade dos usuários dos serviços de assistência jurídica gratuita, consolidando artigos, pesquisas, anais de eventos, dentre outras produções de Defensores/as Público/as e Servidores/as da Instituição.

Embora este caminho já tenha sido trilhado por outros atores e instituições, é certo que ainda se encontra em seus passos iniciais, de modo que a série ora apresentada pretende somar e contribuir para a construção de arcabouço de produção escrita que não apenas reproduza os institutos doutrinários clássicos, mas que inove e tenha como objetivo a consecução dos direitos da população vulnerável.

A série é dividida em onze áreas temáticas: 1. Cidadania e Direitos Humanos; 2. Ciências Penais; 3. Infância e Juventude; 4. Direito das Famílias e Sucessões; 5. Direito Processual e Litigância Estratégica; 6. Habitação e Urbanismo; 7. Direito das Mulheres; 8. Diversidade e Igualdade racial; 9. Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência; 10. Direito do Consumidor; 11. Questões Institucionais e Atuação Interdisciplinar.

A EDEPE está à disposição para críticas e sugestões através do e-mail: escola@defensoria.sp.def.br



Sumário

Movimentos sociais e a construção social dos direitos humanos.....	7
<i>Neil Stammers</i>	
<i>Tradução:</i>	
<i>Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes</i>	
<i>Letícia Alves Bueno Pereira</i>	
A atuação da Defensoria Pública com movimentos sociais: considerações a partir da sociologia do direito.....	33
<i>Caio Santiago F. Santos</i>	
Fundamentos filosóficos dos direitos humanos e a concepção pós-positivista do ordenamento jurídico: a liberdade, a igualdade e a justiça.....	43
<i>Marcus Vinicius Ribeiro</i>	
A diferença entre os termos: direitos fundamentais: direitos – individuais e coletivos, deveres, garantias; cláusulas pétreas; princípios fundamentais, princípios constitucionais e direitos humanos.....	57
<i>Adriana Cecilio Marco Dos Santos</i>	
Violência do Estado e as dificuldades em sua reparação, no sistema interno de justiça, diante das súmulas obstrutivas dos Tribunais Superiores: reflexões sobre casos concretos.....	64
<i>Wagner Giron de la Torre</i>	
Os princípios e a Constituição Federal como marcos reguladores de política criminal.....	78
<i>Fernanda Costa Teixeira</i>	
<i>Thiago de Oliveira Demiciano</i>	
O dever estatal em promover a educação sobre gênero: um estudo sob a óptica do princípio da proibição da proteção insuficiente.....	89
<i>Edgar Pierini Neto</i>	
A atuação da Defensoria Pública na consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro.....	108
<i>Davi Quintanilha Failde de Azevedo</i>	



Movimentos sociais e a construção social dos direitos humanos¹

Social movements and the social construction of human rights

Neil Stammers²

Professor da Universidade de Sussex
n.stammers@sussex.ac.uk

Tradução:

Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes

Defensor Público do Estado de São Paulo
rlmenezes@defensoria.sp.gov.br

Letícia Alves Bueno Pereira

Advogada
leticia.alvesbp@gmail.com

Resumo

O artigo propõe reflexões acerca da conexão entre movimentos sociais e direitos humanos, analisando a natureza dessa conexão, sua relação com o poder e suas implicações para a compreensão destes direitos. A perspectiva teórica adotada é a do construcionismo social, segundo a qual os direitos humanos são socialmente construídos por atores humanos em determinados contextos e condições histórico-sociais. Aponta-se que os movimentos sociais têm uma “face dual”, que combina dialeticamente demandas instrumentais - políticas, econômicas ou sociais - com uma dimensão expressiva orientada a normas, valores, identidades e estilos de vida. Analisa também os limites dos discursos dominantes sobre direitos humanos, inclusive dos discursos críticos radicais. Desenvolve então a análise central por meio do estudo de como os direitos humanos tanto desafiam o poder, como o sustentam. Reflete, ainda, sobre o papel e perspectivas de reconstrução dos direitos humanos nas condições contemporâneas de rápida globalização.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Movimentos Sociais. Construcionismo Social.

Abstract

The article presents a reflection about the link between social movements and human rights. It analyzes the nature of this link, the relation with power and the implications for understanding these rights. The theoretical framework adopted is that of social constructionism, wherewith human rights is seen as socially constructed by human actors in particular socio-historical settings and conditions. It is pointed out that social movements have a "dual face", which dialectically combine instrumental – political, economic or social – demands with an expressive dimension oriented toward norms, values, identities and lifestyles. It also analyzes the limits of dominant discourses on human rights, including radical discourses. The central analysis is then developed studying how human rights as much challenge power, as sustain it. It also reflects on the role and perspectives of the reconstruction of human rights in contemporary conditions of rapid globalization.

Keywords: Human Rights. Social movements. Social Constructionism.

¹ Originalmente publicado em Stammers, Neil. "Social Movements and the Social Construction of Human Rights." *Human Rights Quarterly* 21:4 (1999), 980-1008. © 1999 The Johns Hopkins University Press. Traduzido e publicado com autorização da Johns Hopkins University Press.



Se as pessoas não estiverem conscientes da natureza histórica e contextual dos direitos humanos e não estiverem conscientes que os direitos humanos se realizam apenas por meio de lutas de pessoas reais enfrentando instâncias reais de dominação, então os direitos humanos serão facilmente usados como legitimadores simbólicos dos instrumentos desta dominação³.

Introdução

Apesar de algum reconhecimento na literatura recente de que há algum tipo de conexão entre movimentos sociais e direitos humanos, a natureza dessa conexão e suas possíveis implicações para a compreensão destes direitos raramente foram exploradas em seus detalhes. Raciocínio similar pode ser feito a respeito da altamente ambivalente relação entre direitos humanos e poder.⁴ Este artigo argumenta que estas lacunas surgem porque os discursos dominantes tanto dos defensores, quanto dos opositores dos direitos humanos não estão analiticamente equipados para compreender a maneira pela qual ideias e práticas sobre estes direitos têm sido socialmente construídas no contexto dos desafios dos movimentos sociais diante das estruturas de poder existentes. O artigo defende que se usarmos a tríplice relação entre direitos humanos, movimentos sociais e poder como um foco de organização para análise, temos um quadro muito diferente daqueles oferecidos pelos discursos dominantes, não só em relação às origens e desenvolvimento dos direitos humanos, mas também quanto a seus potenciais e limites.

A necessidade de ver esta imagem alternativa é ainda mais urgente diante do ritmo atual dos processos de globalização, que parecem ter transformando significativamente as capacidades de muitas instituições sociais e políticas, incluindo o estado-nação. A importância potencial deste último ponto não é exagerada, dado que o Estado-nação é quase universalmente considerado como o principal titular dos deveres relacionados a todas as formas de direitos humanos. Para além disso, é também claro que os direitos humanos são parte de processos de globalização: um importante e contestado, alguns diriam mesmo opressivo, elemento da globalização política.

No resto desta introdução, eu porei os meus pressupostos a respeito do construcionismo social e do poder. A primeira seção principal do artigo, então, apresenta algumas reflexões iniciais sobre a natureza dos movimentos sociais e o papel dos movimentos sociais no desenvolvimento histórico-social dos direitos humanos. A seção que se segue analisa os limites dos discursos dominantes sobre os direitos humanos e a terceira seção examina como podemos compreender a relação altamente ambivalente entre direitos humanos e poder. Isto leva a uma seção final que considera algumas questões relativas a como os direitos humanos podem ser reconstruídos sob as condições contemporâneas da globalização.



Construcionismo Social e Poder

Afirmar que direitos humanos são socialmente construídos é afirmar que ideias e práticas relacionadas aos direitos humanos são criadas, recriadas e justificadas por atores humanos em determinados contextos e condições histórico-sociais. É uma maneira de compreender os direitos humanos que não exige que tenham existência metafísica (através da natureza ou de Deus, por exemplo), nem depende de uma razão abstrata ou lógica para fundamentá-los. A ênfase na potencial criatividade dos atores humanos, nessa visão de construcionismo social, também representa um contraste perante as explicações estruturais que reduzem o papel dos atores sociais a nada mais que *portadores de determinações estruturais*. Tomadas em conjunto, essas premissas situam minhas posições ontológicas e epistemológicas entre aquelas das escolas de pensamento estruturacionista e crítico-realista⁵, compartilhando características comuns com muitas críticas feministas e com algumas críticas do relativismo cultural aos direitos humanos⁶.

“Poder” é o outro termo que quero discutir brevemente como ponto de partida, pois sua conceituação também se relaciona intensamente com o modo como os direitos humanos vêm sendo entendidos. No contexto da tradição liberal ocidental, o conceito de poder foi usado, frequentemente, em sentido muito limitado: como as capacidades dos atores sociais inseridos na esfera política (o estado, governo, partidos políticos, etc.). Em outras palavras, o tipo de poder que tem sido muito descrito, estudado e analisado restringe-se ao poder político. Houve, é claro, entendimentos de poder muito mais amplos do que esse, emanados evidentemente da disciplina da sociologia. Porém, via de regra, essas concepções alternativas tendem a dar foco não ao poder como tal, mas às reconhecidas bases estruturais de tal poder. Por exemplo, no caso do Marxismo, o foco está no modo capitalista de produção. Nos últimos cerca de trinta anos - e significativamente ligado à ascensão dos chamados “novos movimentos sociais”, em especial o movimento feminista - o poder passou a ser entendido de maneira mais ampla, como sendo uma característica generalizada da maioria, provavelmente todas, das formas de relações sociais.

Essas análises mais amplas sobre o poder foram frequentemente mediadas no meio acadêmico através de interpretações da obra de Michel Foucault⁷. Apesar de não ser possível aprofundar-me no tema aqui, gostaria de apontar que, mesmo tendo a obra de Foucault propiciado importantes entendimentos sobre a natureza e operacionalização do poder nas relações sociais contemporâneas, ela gerou, ao mesmo tempo, interpretações extremamente problemáticas. Para evitar tais dificuldades, minha sugestão é que, através da sintetização de algumas das ideias de Foucault a partir de um resgate dos elementos centrais da visão tridimensional de poder elaborada por Steven Lukes⁸, é possível traçar as linhas gerais do que podemos chamar de uma concepção materialista/sociocultural de poder.

Normalmente são vistos como dois dos pontos fortes da visão de Foucault acerca das formas contemporâneas de poder, em primeiro lugar, que o poder é inerentemente relacional e circula através de todas as redes de relações sociais e, em segundo lugar, que aqueles sujeitos ao poder são - ao menos em alguma medida - construídos como sujeitos por tal poder.⁹ Na perspectiva deste artigo, a relevância está na ênfase dada pela obra de Foucault na importância de se analisar como o poder está enraizado no dia-a-dia e o fato de ser impossível aboli-lo. Posto



isso, muitas leituras de sua obra deduzem tais entendimentos num sentido que nega tanto a possibilidade de compreender a base material e a natureza concentrada de formas específicas de poder, quanto qualquer possibilidade real de atores sociais serem capazes de, efetivamente, resistir aos efeitos do poder. O cerne da questão é a medida em que o poder é visto como construído apenas pelos discursos e práticas discursivas e o grau em que se pode dizer que tais discursos e práticas discursivas constituem inteiramente o sujeito (do poder), isto é, os atores sociais¹⁰.

Não há dúvidas de que os debates acerca da correta interpretação da obra de Foucault continuarão, mas eu irei contorná-los sugerindo que o enfoque na integração sociocultural do poder no dia-a-dia é compatível e, na realidade, pode ser respaldada pela recuperação da visão tridimensional do poder desenvolvida por Lukes¹¹. Os pontos fortes da concepção de poder de Lukes são: não é nem simplesmente ator-centrada, nem estruturalista; ela reconhece que o poder é construído e exercitado materialmente e socioculturalmente; postula que o poder pode ser construído de uma maneira tal que constitua dominação. Sendo assim, o foco de Lukes permaneceu no tradicional e instrumental *loci* de poder. Então, ao tentar sintetizar esses pontos diversos, sugiro que enxerguemos o poder como sendo realizado, desenvolvido e exercitado conscientemente por atores sociais individuais ou coletivos, mas também que reconheçamos que ele pode se manifestar estruturalmente, através da padronização dos sistemas sociais independentemente de consciência ou intenção. Ademais, o poder é sempre e necessariamente inserido numa rede de relações sociais concretas. Essas relações incluem, mas não exclusivamente, o discurso. Neste enquadramento, ao mesmo tempo em que se reconhece que o poder pode ser construído de maneira a constituir dominação, a possibilidade de ação - e, portanto, de efetiva resistência - não é negada *a priori*.

Esboço conceitual do papel dos movimentos sociais no desenvolvimento histórico-social dos direitos humanos

Meu foco aqui não deve ser entendido como uma sugestão de que outros atores sociais (e.g., Estados, organismos da ONU e ONG's) não estejam envolvidos na construção social dos direitos humanos; evidentemente, eles estiveram e ainda estão. Todavia, defendo que o papel dos movimentos sociais no desenvolvimento histórico, a longo prazo, dos direitos humanos, tem sido de grande relevância. Esta seção, portanto, começa a olhar brevemente o conceito de movimentos sociais e como eu os vejo em relação aos processos de transformação social.

Movimentos sociais e transformação social

Movimentos sociais são, geralmente, definidos como atores coletivos, compostos por indivíduos que se entendem a ponto de dividir alguns interesses em comum, e que também se identificam uns com os outros, ao menos em alguma medida. Movimentos sociais preocupam-se, sobretudo, com a defesa ou mudança de ao menos algum aspecto da sociedade e contam com a mobilização em massa, ou com a ameaça de mobilização, como sua principal arma política.¹² De um lado, movimentos sociais podem ser contrapostos a modas e tendências culturais que exibem um grau menor de organização e de consciência orientada à mudança, enquanto, por

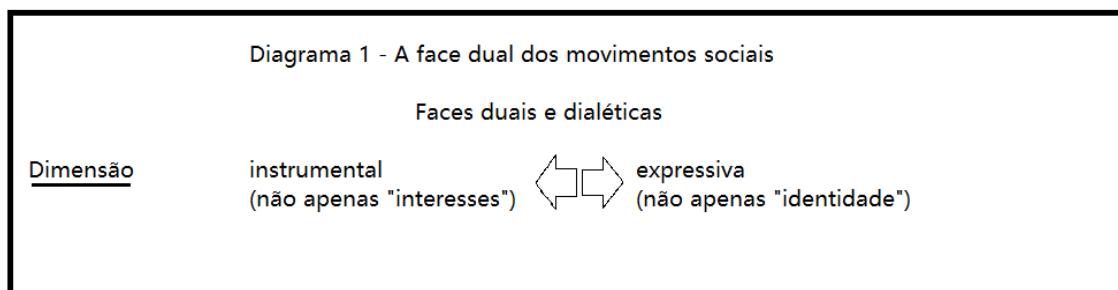


outro lado, podem ser contrapostos a outras associações organizadas de maneira muito mais formal e ideologicamente mais coerentes, tais como partidos políticos e grupos de interesse. No contexto desse artigo, é particularmente importante destacar que organizações formalmente estruturadas podem existir dentro ou ao lado de um movimento social e que muitas organizações não governamentais (ONG's) são ligadas a movimentos dessa maneira. A Anistia Internacional, por exemplo, é uma organização formalmente estruturada; ela não é um movimento social. Ao contrário, é uma ONG que figura como um nó particularmente organizado num movimento mais amplo de direitos humanos. Movimentos sociais foram tradicionalmente estudados e pesquisados na sociologia, mas, com a ascensão de reflexões sobre globalização, houve uma forte onda de interesse em movimentos sociais de estudiosos de processos de mudança global e de pesquisadores em relações internacionais¹³.

Com elementos mais evidentes retirados das obras de Alain Touraine e Alberto Melucci (mas não utilizando a distinção frequentemente feita, mas fatalmente falha, entre supostos “antigos” e “novos” movimentos sociais),¹⁴ meu argumento é que movimentos sociais foram, e permanecem sendo, atores importantes nos processos que promovem retardam mudanças histórico-sociais. A partir dos primeiros trabalhos de Touraine sobre movimentos sociais e a auto-produção da sociedade, desenvolvi a ideia de que movimentos sociais estão sempre envolvidos, em alguma medida, em uma luta por “historicidade”, isto é, os valores, orientações e estruturas básicas de uma sociedade.¹⁵ Da obra de Melucci, incorporei a percepção de que movimentos sociais têm uma dimensão “expressiva” importante que pode ser integrada no dia-a-dia através de “redes subterrâneas” de contatos, afinidades, identidades e assim por diante¹⁶. Em outras palavras, movimentos sociais são importantes agentes de mudança sociocultural, que não deveriam ser definidos somente com base em sua visibilidade em termos de notórias mobilizações políticas.

Emprestado da obra de Jean Cohen e Andrew Arato,¹⁷ esses pontos podem ser agrupados através da visão de movimentos sociais como tendo uma “face dual”, que combina dialeticamente demandas instrumentais - políticas, econômicas ou sociais - com uma dimensão expressiva orientada a normas, valores, identidades, estilos de vida, etc. Isso pode ser representado da seguinte maneira:

Diagrama 1



Discutir as dimensões “instrumental” e “expressiva” dos movimentos sociais não é novidade.¹⁸ Porém, usar tais termos intencionalmente transcende e supera as análises que buscaram explicar movimentos sociais apenas com base nos “interesses”, ou somente em termos de “identidade”, ou então que tentaram enxergá-los a partir da relação entre “interesses” e



“identidade”.¹⁹ O uso, aqui, do termo “instrumental” abre a possibilidade de entender que os atores de movimentos sociais fazem reivindicações políticas, econômicas e sociais concretas, mas que tais reivindicações não necessariamente servem aos interesses desses atores. Em outras palavras, permite a articulação de demandas que são, ao mesmo tempo, altruístas e instrumentais.

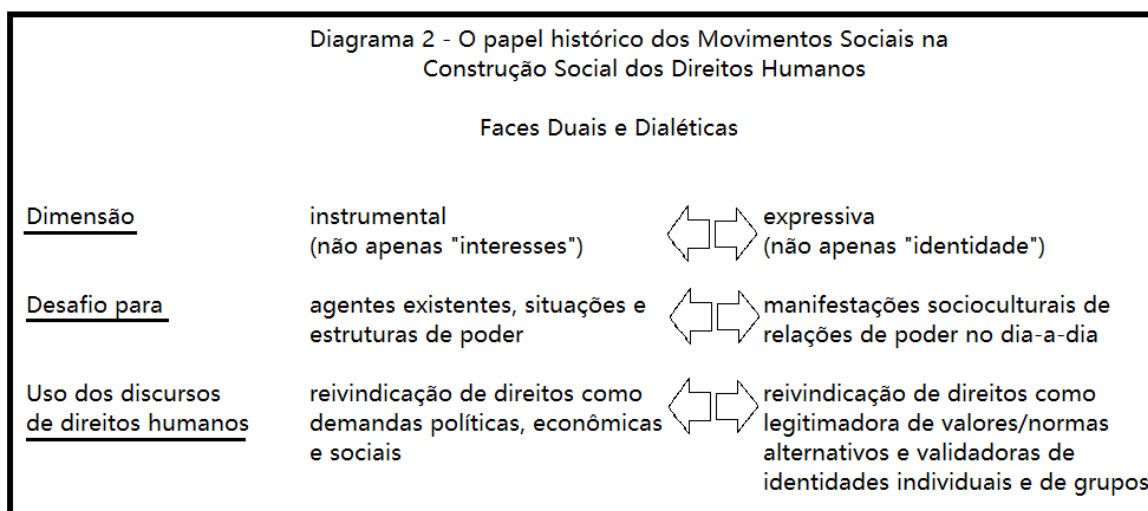
De forma similar, o uso do termo “expressiva” deixa claro que essa dimensão vai além da construção e articulação de identidades particulares, alcançando o amplo domínio da construção sócio/cultural de valores, normas, estilos de vida, identidades, símbolos, discursos, etc., que são, então, normalmente articuladas e projetadas no vasto meio social e cultural. Devo enfatizar que minhas propostas aqui são de natureza genérica: como essa dialética instrumental/expressiva funciona em movimentos particulares variará e não há uma necessária equivalência entre as dimensões instrumental e expressiva em movimentos sociais específicos. Minha questão - em contraste com a maioria das análises já feitas - é que essa dialética instrumental/expressiva foi, e continua sendo, uma característica genérica dos movimentos sociais, enquanto sua manifestação e/ou construção indubitavelmente varia de acordo com o movimento, o tempo e o local.

Movimentos Sociais e Direitos Humanos: O Desafio ao Poder

Bons argumentos *prima facie*, penso eu, demonstram que muitas das inovações chave no desenvolvimento sócio-histórico dos direitos humanos foram construídas e articuladas, em primeiro lugar, no contexto de movimentos sociais buscando desafiar relações vigentes e estruturas de poder. Apesar de esta proposta certamente exigir uma investigação mais profunda do que a realizada aqui, se correta, ela deve transformar nosso entendimento sobre as origens e desenvolvimento dos direitos humanos. Já existe um certo reconhecimento geral desse ponto na literatura. David Beetham, por exemplo, recentemente argumentou que a matéria dos direitos humanos “demanda atenção a considerações tanto de poder, quanto de justiça, de luta política e justiciabilidade, se se pretende entender adequadamente a matéria”.²⁰ De maneira similar, em *Human Rights in the Twenty First Century: A Global Challenge*, alguns autores apontaram conexões entre movimentos sociais, poder e direitos humanos.²¹ Talvez ainda mais interessante, toda a literatura focada em supostas “gerações” de direitos humanos pode ser vista como sendo construída a partir da suposição de que há uma ligação entre reivindicações de direitos humanos e a luta histórica de determinados movimentos sociais, como Burns Weston esteve perto de reconhecer.²² Todavia, a despeito dessas sugestões, apenas um pequeno número de artigos tentou analisar tais conexões de forma sistemática,²³ e, mesmo assim, as maneiras pelas quais os movimentos sociais constroem e implementam discursos sobre direitos raramente foram consideradas como tendo importância analítica.

Minha proposta é que o papel dos movimentos sociais na construção histórico-social das reivindicações de direitos humanos possa ser genericamente entendida nos termos do diagrama 2:

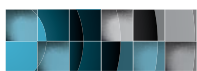
Diagrama 2



Aqui, então, estou propondo que a construção e utilização dos discursos de direitos pelos movimentos sociais teve papel importante e positivo em desafiar relações e estruturas de poder, tanto em relação a *loci* concentrados de poder, quanto em termos do modo como o poder está incorporado nas relações do dia-a-dia. Até onde este ponto já foi tratado, comentadores anteriores apenas consideraram o uso de discursos sobre direitos em termos puramente instrumentais. Todavia, estou sugerindo que tais discursos também operam de maneira expressiva buscando legitimar valores, normas e estilos de vida alternativos e validar as perspectivas e identidades daqueles oprimidos por relações e estruturas de poder específicos.²⁴ Em termos Gramscianos, pode-se dizer que buscam estabelecer uma “contra-hegemonia” a nível do “senso-comum” público.²⁵ Um esboço muito breve de alguns contornos básicos de uma cronologia do desenvolvimento histórico-social dos direitos humanos pode ilustrar o que quero dizer.

A ideia que defende serem os direitos naturais e os direitos do homem construções histórico-sociais que buscavam desafiar as relações e estruturas de poder vigentes - o poder dos estados absolutistas - é bastante incontroversa²⁶. O que pode parecer mais estranho é pensar no “liberalismo” como um movimento social. Ainda, assim como notou J.L. Richardson recentemente, liberalismo é um termo do século XIX, usado para descrever um conjunto de movimentos históricos e sociais envolvidos em lutas para alcançar mudanças políticas e sociais fundamentais nos séculos XVII e XVIII.²⁷ Poucos negariam que os movimentos revolucionários americano e francês eram movimentos sociais nos termos definidos acima, mas Richardson também aponta que “movimentos políticos propondo valores liberais surgiram pela primeira vez na metade do século XVII, quando os característicos temas e debates liberais foram articulados na Revolução Inglesa”²⁸. Curiosamente, esses foram os anos de formação de John Locke. De fato, Peter Laslett aponta que “a semelhança entre as doutrinas políticas finais de Locke e a doutrina dos escritos e ações dos radicais ingleses, entre 1640 e 1660, é marcante”²⁹.

A ideia que considera os direitos econômicos e sociais como construções no contexto de movimentos dos trabalhadores e socialistas, no século XIX, também parece incontroversa. A acumulação irrestrita de propriedades privadas e o exercício desenfreado do poder econômico



levaram esses movimentos a desafiar as relações fundamentais de poder da sociedade capitalista. Como colocado por Weston, direitos econômicos, sociais e culturais têm suas origens, “principalmente, na tradição socialista pronunciada entre os adeptos de Saint-Simon, na França do início do século XIX, e amplamente promovidos através das lutas revolucionárias e movimentos por bem-estar desde então.”³⁰

O século XX testemunhou não apenas a ascensão global de movimentos anti-imperialistas, mobilizados em torno da reivindicação pelo direito à autodeterminação,³¹ mas também, nos últimos trinta anos, o crescimento de movimentos que se mobilizaram em torno de uma vasta gama de assuntos, normalmente tratados como os “novos movimentos sociais”. Alguns desses movimentos, como o movimento feminista, o movimento ecológico, movimentos indígenas e movimentos de direitos humanos, parecem estar se tornando movimentos sociais globais, em sua extensão e orientação. Isso se mostra verdade até em casos (como nos movimentos indígenas) nos quais a afirmação da identidade e da diferença está no coração dos movimentos. Praticamente todos esses movimentos utilizaram-se amplamente de discursos por direitos e fizeram proliferar um conjunto totalmente novo de demandas por direitos, muitos dos quais foram articulados como demandas por direitos humanos. Como mencionado anteriormente, esses intitulados “novos movimentos sociais” identificaram e desafiaram relações e estruturas de poder de diversas maneiras.

Em suma, minha proposta é que, a partir do início do movimento Iluminista, os movimentos sociais, cada vez mais, passaram a demonstrar uma capacidade de, nas palavras de Melucci, “fazer o poder visível”³², utilizando reivindicações por direitos para desafiar as relações e estruturas de poder, tanto de maneira instrumental, quanto expressiva. De fato, é correto enxergar o desenvolvimento histórico-social de ideias sobre direitos humanos surgindo enquanto movimentos sociais identificavam, reconheciam e buscavam desafiar formas particulares de poder. Muito embora tais empreitadas talvez não tenham obtido êxito, é possível notar um desdobramento e expansão de entendimentos cada vez mais complexos de poder, surgindo como consequência das lutas dos movimentos sociais.

Claramente, essas pretensões de caráter geral precisam ser fundamentadas em uma pesquisa histórica detalhada e específica. Contudo, até o momento, tal pesquisa é notável apenas pelo fato de ser inexistente. Uma explicação para esse fato está na insuficiência analítica dos discursos dominantes em direitos humanos. Esse é o objeto que desejo analisar agora.

Limites dos discursos dominantes

Se a alegação central da última seção for correta, é, de fato, curioso que os discursos dominantes em direitos humanos tenham conseguido, diligentemente, ignorar essa realidade. Qual é a razão disso? Uma grande variedade de problemas está envolvida, produzindo diferentes formas de “lapsos” ontológicos e epistemológicos. Quatro grupos de problemas, os quais denomino “abstração metafísica”, “positivismo legal”, “relativismo forte” e “estruturalismo”, estão caracterizados abaixo. Os dois primeiros estão fortemente inseridos em discursos de *proponentes* de direitos humanos; os dois últimos são elementos cruciais de discursos dos *críticos* de direitos humanos.



Abstração metafísica

A ideia que defende que a existência de direitos humanos é baseada em formas de abstração metafísica é tão antiga quanto a ideia dos próprios direitos humanos e é suficientemente familiar, já que está presente em praticamente todas as críticas à ideia de direitos humanos³³. Em termos de captar o papel dos movimentos sociais na construção dos direitos humanos, o problema evidente é que tais posições simplesmente não encontram qualquer relação com explicações concretas do desenvolvimento histórico-social, pois são construídas de maneira a serem completamente independentes do contexto social. Sem a menor intenção de desmerecer o estudo de hipóteses e possibilidades, parece claro que, quando tais estudos e as categorias analíticas por elas desenvolvidas se reificam, passam a servir apenas para tornar ainda mais nebuloso nosso entendimento acerca do mundo social, ao invés de esclarecê-lo. Assim, por exemplo, a reificação das formulações liberais iniciais sobre direitos naturais como supostamente universais, verdades atemporais, somente ofuscou sua origem histórica específica na tradição liberal ocidental e seu papel nas lutas políticas e sociais, tanto no passado, quanto no presente.

Diversos atuais e influentes defensores de um conceito social-democrático de direitos humanos reconheceram tais fragilidades e buscaram superá-las através do reconhecimento explícito de que direitos humanos são socialmente construídos, enquanto, ao mesmo tempo, mantiveram um compromisso com sua universalidade como sendo a maior forma de reivindicação moral. Contudo, sua explicação típica de que possuímos direitos humanos “simplesmente porque somos seres humanos” é inerentemente insatisfatória como modo de fundamentar os direitos humanos e revela a dificuldade de harmonizar essas posições. Procurei demonstrar anteriormente que essas abordagens de direitos humanos, em última análise, entram em colapso, de volta às abstrações do pensamento liberal, quando suas suposições são questionadas mais detalhadamente³⁴.

Positivismo Jurídico

A expressão “positivismo jurídico” não está sendo usada, aqui, em seu sentido técnico. Ao invés disso, estou utilizando-a para sinalizar a intenção e a ambição do que pode ser denominado como a indústria global dos direitos humanos. Há uma vasta literatura sobre a Carta Internacional de Direitos Humanos e sobre os mecanismos regionais de direitos humanos, que lidam com questões como desenvolvimento de padrões de atuação, monitoramento e relatórios, cumprimento forçado e intervenções. Resumidamente, trata-se de uma literatura pesadamente voltada à criação, implementação e efetivação de direitos humanos como direito internacional público. Sem desmerecer a importância de tal trabalho, ele claramente tem algumas limitações do ponto de vista do reconhecimento do papel dos movimentos sociais na construção dos direitos humanos.

Inicialmente, esse discurso tipicamente evita análises sérias sobre a natureza e as origens dos direitos humanos, geralmente aderindo às afirmações de universalidade contidas nos diversos instrumentos internacionais e aceitando-as como dadas. É dizer, esse discurso se baseia, em última análise, nas presunções discutidas no item “Abstração Metafísica” e, portanto,



carrega consigo as fraquezas desse raciocínio. Em segundo lugar, a ênfase desse discurso em codificações legais significa que formas de direitos humanos não legisladas são consideradas como não possuidoras de qualquer importância analítica. Em outras palavras, esse discurso dá enfoque, simplesmente, nos “fins” da trajetória de reivindicações por direitos humanos rumo a mecanismos legais vinculantes, sem considerar os “meios”, ou seja, a relevância, o contexto e as origens de tais reivindicações em sua forma não legislada. Ainda, é precisamente em sua forma não legislada que a relação com os movimentos sociais é mais aparente. Curiosamente, a importância desta ligação está implícita no argumento perspicaz de Jack Donnelly, qual seja, que as reivindicações de direitos humanos têm como objetivo sua auto-liquidação³⁵. Se é através de movimentos sociais que reivindicações de direitos humanos foram normalmente construídas, então tais reivindicações, necessariamente, possuem uma forma não legislada e pré-institucional. Assim, como devo sugerir em breve, há problemas específicos com um discurso que capta o processo de desenvolvimento das demandas por direitos humanos apenas no momento em que se passa a considerar sua possível institucionalização.

Em terceiro lugar, e, paradoxalmente na visão do primeiro ponto acima, esse discurso é bem pragmaticamente realista, preocupado com os processos legais e quase-legais de criação, implementação, monitoração, aplicação e assim por diante. Ademais, parte desse trabalho está particularmente voltado a como a Carta Internacional de Direitos Humanos deve ser desenvolvida (por exemplo, nas áreas dos direitos das mulheres e do meio ambiente). Isso gera um imperativo que exige a aceitação ou ao menos o engajamento com a “realpolitik” dos direitos humanos. Essa “realpolitik” é tanto fortemente centrada no papel do Estado, quanto, necessariamente, reflete o grande desequilíbrio de poder no sistema interestatal.

Uma das maiores dificuldades desse estadocentrismo está na maneira pela qual o direito internacional público é construído. Baseado em tratados entre “Estados parte signatários”, segue-se que os detentores de obrigações de direitos humanos são, praticamente, sempre especificados como Estados³⁶. Isso reforça fortemente o pressuposto quase universal de que os Estados são, necessariamente, os principais detentores de obrigações em relação aos direitos humanos. Apesar dessa atribuição de deveres parecer fazer sentido no contexto do direito internacional entre Estados, esse não é o único modo possível de atribuição de obrigações. Aliás, abaixo irei discutir como reivindicações de direitos humanos construídas por movimentos sociais como desafios a formas particulares de poder buscaram atribuir deveres diretamente àqueles percebidos como violadores de tais direitos. Esse é, claramente, um ponto fundamental, tanto para a compreensão das obrigações relativas aos direitos humanos, quanto para entender como os direitos humanos devem se concretizar na prática.

Relativismo forte

Perspectivas agrupadas sob este título reconhecem que ideias e práticas de direitos humanos são socialmente construídas, mas enfatizam (ou se focam inteiramente) as particularidades de tal construção. Tipicamente, elas negam a possibilidade de qualquer universalidade no que tange aos direitos humanos, enxergando as tendências de fato universalizantes como uma imposição de uma forma de relativismo sobre as outras. O relativismo forte pode apresentar-se de diferentes modos: de noções do “absolutismo cultural”



realmente existente defendendo a natureza forte e delimitada de determinadas culturas³⁷; ao comunitarismo teórico, que pressupõe que formas culturais descontínuas surgem de comunidades fortes e delimitadas baseadas nos estados-nação³⁸; a elementos de análises pós-modernas que enfatizam a diferença, a pluralidade e a fragmentação, e negam a possibilidade de uma “meta-narrativa” de direitos humanos universais³⁹.

Esses tipos de análise, por vezes, oferecem um corretivo poderoso ao universalismo abstrato e à tentativa de aplicá-lo através do “positivismo legal”, como discutido acima. Todavia, no que tange à compreensão da natureza da construção social dos direitos humanos e da dinâmica do poder no mundo contemporâneo, há uma série de problemas. Inicialmente, os argumentos do absolutismo cultural e do comunitarismo são, frequentemente, estáticos demais e não consideram com o peso devido os desdobramentos histórico-sociais. Simplificando, as culturas raramente foram unitárias ou hermeticamente fechadas. Ademais, o ritmo do intercâmbio cultural aumentou imensamente nas últimas décadas.

Em segundo lugar, não é necessário aceitar a legitimidade de uma tese de modernização teleológica para reconhecer a extensão em que dinâmicas globalizadoras de poder político e econômico criaram tendências poderosas rumo à universalização e homogeneização. Então, mesmo se fosse verdade que povos de determinadas culturas não precisavam, anteriormente, de direitos humanos, é fácil argumentar que elas certamente precisam deles agora! Resumidamente, essas perspectivas falham na compreensão da extensão completa em que as relações e estruturas de poder são multifacetadas e necessariamente permeadas pelo que se assume como sendo (ou se assume como deveriam ser) limites culturais fechados.

Estruturalismo

As perspectivas agrupadas sob este título também reconhecem que ideias e práticas em relação aos direitos humanos são construídas socialmente, mas tipicamente enxergam tais construções como sendo “um produto”, ou “um efeito”, de fundamentos particulares das relações sociais. Em outras palavras, em seu âmago estão diversas formas (explícitas e implícitas) de explicações estruturalistas que, efetivamente, negam a capacidade de uma atuação humana significativa e, assim, a possibilidade de atores sociais criarem ideias e práticas de direitos humanos que desafiem as relações vigentes e as estruturas de poder.

Críticas marxistas tradicionais sobre direitos humanos são provavelmente os exemplos mais óbvios de tal estruturalismo, com os direitos humanos sendo repudiados por se tratarem de mera ideologia burguesa⁴⁰. Ainda, críticas advindas de relativistas culturais radicais, com frequência, ocupam um terreno semelhante, enxergando os direitos humanos como nada mais que uma ideologia do imperialismo cultural servindo a interesses do Ocidente - frequentemente compreendidos como a estrutura do capitalismo global apoiado pela posição hegemônica dos Estados Unidos e outros Estados ocidentais inseridos na estrutura do sistema interestatal global⁴¹. Outras formas de estruturalismo, geralmente enraizadas na linguagem e no discurso, também se fazem perceptíveis em análises contemporâneas específicas. Por exemplo, um artigo recente de Pheng Cheah combina uma forma de reducionismo discursivo com uma suposição paralela sobre o papel determinante desempenhado pelo “campo de força do capitalismo



global”, de modo a produzir uma análise segundo a qual os atores humanos parecem ser nada mais que portadores das determinações estruturais, no sentido Althusseriano.⁴² Como já esperado, os autores de tais análises não vêem potencial em nenhum tipo de luta dos movimentos sociais por direitos humanos. De fato, devido ao fatalismo inerente às análises estruturalistas e à posição hegemônica do “neoliberalismo” disciplinar⁴³ na ordem global emergente, muitas destas críticas se tornaram profundamente pessimistas, não enxergando possibilidades de mudanças sociais, políticas ou econômicas sem que se obedeça à lógica do capitalismo global. Relações e estruturas de poder não podem ser efetivamente combatidas.

Discursos e poder

Há uma pequena, porém significativa, gama de obras de direitos humanos que se aproxima do tipo de análise apresentada por este artigo, na medida em que os direitos humanos são, necessariamente, enredados nas relações e estruturas de poder em contextos histórico-sociais particulares, e construídos em verdadeiras lutas sociais e políticas. Ainda, apesar de não dispensar a possibilidade de ação humana, esse trabalho ainda tende a enfatizar as influências estruturais no desenvolvimento de discursos de direitos humanos e, conseqüentemente, em que medida tais discursos sustentam relações e estruturas de poder, ao invés de desafiá-las. Por exemplo, Belden Fields e Wolf-Dieter Narr, citados no começo deste artigo, claramente reconhecem que entendimentos e práticas sobre direitos humanos podem ser reconstruídos de modo a desafiar formas de poder, mas ainda assim, sua opinião geral é que a história dos direitos humanos tende a demonstrar o oposto⁴⁴. Por exemplo (e em contraste ao meu argumento na seção anterior), eles argumentam que o *surgimento* de direitos naturais serviram “à função ideológica de legitimação da titularidade das reivindicações daqueles que haviam *vencido* algumas lutas por poder durante períodos históricos específicos”⁴⁵.

Da mesma maneira, na apresentação a uma recente e inovadora obra, Richard Wilson também aceita a possibilidade de que direitos humanos possam ser usados para desafiar o poder.⁴⁶ Realmente, ele defende o ponto crucial de que direitos não são um produto de relações sociais, mas que estão nelas integrados, “posicionados na conjuntura concreta de dois campos do social: ação e poder.”⁴⁷ Ainda, ao mesmo tempo, ele também anota que “direitos humanos são, acima de tudo, o *resultado* de lutas políticas históricas...”⁴⁸

Em outras palavras, ao invés de enxergar as demandas de direitos humanos como *desafios* às relações e estruturas de poder vigentes, eles tendem a explicar o aparecimento dos discursos de direitos humanos como uma expressão da *consolidação* de novas relações e estruturas de poder, ou mais, como confronto de “antigas” formas de poder ao mesmo tempo em que buscam consolidar as “novas” formas. Apesar de um avanço considerável com relação ao estruturalismo, nessa análise as possibilidades de ação continuam fortemente reduzidas e não parece ter sido compreendido completamente o papel dos movimentos sociais na construção das demandas de direitos humanos. A diferença entre essas análises e a minha opinião está na necessidade de se olhar mais atentamente a relação ambivalente entre direitos humanos e poder. Essa é a intenção da próxima seção.



Desafiando o poder, mantendo o poder: direitos humanos e o paradoxo da institucionalização

Que as ideias e as práticas de que direitos humanos podem servir para manter formas determinadas de poder, como indicado acima, tem sido por anos o centro de uma ampla variedade de críticas minuciosas. Além disso, fortes evidências foram apresentadas para endossar tais críticas, mesmo tendo sido essas evidências, frequentemente, interpretadas por paradigmas analíticos, que, como já argumentei, são, em última análise, falhos.⁴⁹ Como, então, será conciliado meu argumento de que movimentos sociais constroem os direitos humanos como desafios ao poder com tais evidências? Qual será a natureza da relação entre as dimensões do “desafio ao poder” e da “manutenção do poder” do discurso de direitos humanos? Essas são questões raramente consideradas na literatura, mesmo assim, novamente, são de fundamental importância e atingem o centro do debate sobre a natureza e o papel dos direitos humanos.

Há quatro possibilidades - que os direitos humanos:

- 1) desafiem o poder, mas não o sustentem;
- 2) sustentem o poder, mas não o desafiem;
- 3) desafiem e sustentem o poder, simultaneamente;
- 4) tanto desafiem quanto sustentem o poder, mas em graus, modos, locais e tempos diferentes.

Parece-me que as proposições (1) e (2) são insustentáveis: (1) provavelmente sendo adotada por defensores acrílicos dos direitos humanos e (2) sendo uma posição, geralmente, derivada de análises estruturalistas como criticado acima. (3) parece, inicialmente, atraente, porque dá a impressão de compreender a natureza processual e paradoxal do poder, e a relação entre “poder sobre” e “poder para”. Ainda, de fato, essa proposta de simultaneidade só possui significado se tomarmos como pressuposto que as dimensões de desafio e de sustentação são sempre iguais e opostas. Se não for este o caso, então (3) começa a parecer (4), que, a meu ver, é a única proposta sensível ao contexto e que permite o reconhecimento de diferenças entre espaço/tempo, apresentando a possibilidade de uma compreensão histórico-social significativa dos direitos humanos. Se for esse o caso, algumas perguntas se seguem. Como explicar o modo pelo qual ideias e práticas específicas, no que tange aos direitos humanos, desafiam ou sustentam relações e estruturas de poder? Como a troca entre eles ocorre e em qual direção?

Há uma ou duas pistas na literatura. Donnelly, por exemplo, notou que a ideia de direitos naturais deixou de ser um instrumento para mudança política e, no lugar disso, “passou a ser usado para impedir alterações futuras”, quando “os propositores dos direitos naturais, em sua maioria burgueses, gradualmente transferiram-se da oposição política à classe detentora do poder”.⁵⁰ Em uma linha diferente, abordando a ambivalência da relação entre direitos e poder, no contexto da discussão de direito à mobilidade no Canadá, Nicholas Blomley defendeu que, enquanto “em determinadas situações coletivas, reivindicações por direitos podem ser armas progressistas e poderosas, tanto críticas como mobilizadoras”⁵¹, ao mesmo tempo, “é a circulação de direitos no domínio *jurídico* que garante seu significado antiprogressista.”⁵²

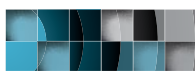


Esses dois comentários concordam que a ambivalência da relação entre direitos humanos e poder deve ser compreendida através do viés da atual dinâmica dos processos histórico-sociais, e que implícito em cada um deles está a noção de institucionalização. Para Donnelly, trata-se de uma nova elite moldando as instituições conforme próprio interesse, após ter alcançado efetivo poder político. Para Blomley, demandas por direitos mantêm, de maneira mais evidente, relações e estruturas de poder quando institucionalizadas através de sua codificação como lei positivada.

Talvez sejam esses os pontos que explicam por que críticos radicais seguiram a tendência de analisar ideias e práticas relativas a direitos como sustentadoras de poder: eles a consideraram apenas em sua forma institucionalizada, uma vez conquistadas e codificadas em leis. Isso se verifica tanto na crítica de Karl Marx em *“Sobre a questão judaica”*⁵³, quanto em estudos mais recentes. Wilson busca, de maneira explícita, transcender as abordagens centradas na lei e no Estado, comuns no campo dos direitos humanos, sendo uma de suas preocupações a maneira pela qual as denúncias de violações de direitos humanos “retiram dos acontecimentos seus significados subjetivos.”⁵⁴ Ainda, seu foco permanece nos direitos humanos institucionalizados e em como “poder permeia o significado” através dos códigos legais.⁵⁵ De forma semelhante, a explicação fascinante de Wendy Brown sobre direitos e poder permanece evidentemente enraizada no “discurso universal da jurisprudência liberal.”⁵⁶

Se é, de fato, realidade que em sua forma institucionalizada/legislada as ideias e práticas de direitos humanos, provavelmente, sustentam relações e estruturas de poder, também seria realidade que em sua forma pré-institucionalizada, não-legislada, é que poderíamos enxergar reivindicações por direitos humanos, de maneira mais evidente, desafiando relações e estruturas de poder? Seria, realmente, em processos de institucionalização política e social que a “mudança” é mais provável de ocorrer? Essas são grandes questões que, evidentemente, exigem uma pesquisa profunda. Mesmo assim, uma mudança potencialmente inovadora no pensamento acerca dos direitos humanos, de maneira geral, dificilmente é uma ideia inédita. A literatura sobre política e sociologia é abundante em análises sobre a natureza e os efeitos da institucionalização, tanto em relação a partidos políticos, grupos de interesse e movimentos sociais, quanto no que tange à própria dinâmica da modernidade.⁵⁷ A trajetória da institucionalização é sempre a mesma, da “mudança” à “ordem”, do papel desafiador do “status quo” a um de seus elementos de sustentação.

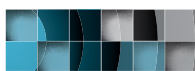
Argumentei anteriormente que movimentos sociais foram, e continuam sendo, agentes importantes nos processos de promoção ou de desaceleração de mudanças histórico-sociais. Colocando de outra maneira, transformações histórico-sociais em relações e estruturas de poder podem ser entendidas, ao menos parcialmente, como uma consequência das lutas dos movimentos sociais. Movimentos sociais constroem demandas por direitos humanos como parte de seu papel desafiador do status quo. Na medida em que os movimentos sociais obtêm sucesso em promover transformações, novas relações e estruturas de poder irão, tipicamente, se tornar institucionalizadas e culturalmente sedimentadas através de uma ordem social transformada. Em outras palavras, modelos políticos, econômicos e culturais acabam por refletir e sustentar o equilíbrio das relações e estruturas de poder, tanto instrumentalmente quanto expressivamente e o fazem, em parte, através de discursos existentes sobre direitos humanos.



Podemos ver, agora, como a “mudança” pode acontecer, e também reconhecer que - não importa o que ofereça - estruturas institucionais provavelmente não são um solo fértil, no qual relações e estruturas de poder existentes possam ser, efetivamente, transformadas, a não ser que tais instituições sejam, elas próprias, forçadas a se adaptar e a mudar como uma consequência de desafios futuros, advindos de fora das instituições. Então, para compreender as complexidades do papel dos discursos sobre direitos humanos no desafio e na sustentação das relações e estruturas de poder, temos que desenvolver uma perspectiva através da qual a dinâmica do social possa ser compreendida. Sendo mais claro, isso não significa que as lutas para institucionalizar os direitos humanos estejam equivocadas. Pelo contrário, a motivação pela institucionalização foi vista, historicamente, como um elemento chave das batalhas para transformar as relações e estruturas de poder. Envolve, todavia, reconhecer que, uma vez institucionalizados os direitos, é provável que assumam um papel altamente ambivalente no que tange ao poder. Isso não é algo que os defensores dos direitos humanos estão preparados para reconhecer.

Contudo, há outro ponto importante aqui, porque o que tenho chamado de a “mudança” entre o desafio e a sustentação do poder, em termos histórico-sociais, envolve a “mudança” entre diferentes formas de poder. Em estudos anteriores, discuti, por exemplo, como o desafio liberal inicial ao poder do estado absolutista acabou por sustentar, e sustenta até hoje, o poder econômico no âmbito privado e que os desafios ao poder econômico privado serviram para sustentar o poder estatal.⁵⁸

Há diversas maneiras de se explicar esse padrão. Primeiro, por ideologia, ou por questões de necessidade prática, atores sociais supõem que uma forma de poder é necessária para que seja possível, efetivamente, desafiar uma outra. Em outras palavras, acredita-se que uma forma determinada de “poder para” precisa ser implantada para que se limite o “poder sobre”. Muitos socialistas - tanto reformistas quanto revolucionários - defenderam soluções estatistas para o problema do poder econômico privado. Em segundo lugar, movimentos específicos e tradições intelectuais e eles associadas talvez não enxerguem determinadas formas de poder como sendo, realmente, formas de poder. Como destacado anteriormente, construções de poder neoliberais, ainda se focam exclusivamente no poder político, sendo o poder econômico visto como liberdade de ação num mercado livre. Estranhamente, a desigualdade econômica não é vista, de maneira nenhuma, como um problema de poder. Em terceiro lugar, é bastante possível que atores sociais interpretem mal a natureza das relações e estruturas de poder com as quais estão lidando. Por exemplo, enquanto, atualmente, demandas pelo direito de autodeterminação nacional estão sendo utilizadas, cada vez mais, para questionar a legitimidade da influência econômica da sociedade setentrional/ocidental em relação ao sul, num período de lutas anticolonialistas a conquista da independência foi frequentemente vista como a conquista da “liberdade”. Apesar de talvez ter sido num sentido político, logo tornou-se claro que havia algo mais. Sem dúvida, em lutas e transições específicas, esses pontos frequentemente confundem-se, mas todos apontam para a necessidade de uma compreensão dos processos e dinâmicas de poder mais rigorosa. Em particular, se os direitos humanos conservam sua legitimidade sendo desafios ao poder, então seu potencial de “mudar” para servir como uma maneira de sustentar outra forma de poder precisa ser reconhecida e minimizada.



A discussão acima tende a focar no lado “instrumental” da luta social e da mudança social, em parte pela facilidade da ilustração, mas também porque estou tentando me conectar aos discursos dominantes de direitos humanos, que são, eles próprios, amplamente concentrados na instrumentalidade. Todavia, assim como indicado no diagrama 2, o lado expressivo da ação dos movimentos sociais também é de fundamental importância, buscando sedimentar valores, normas, etc, na vida social e cultural. De fato, é apenas na medida em que as lutas dos movimentos sociais são bem sucedidas em alterar normas, valores, etc, assim como em vencer demandas instrumentais, que são capazes de mudar relações e estruturas de poder e reconstruir a “historicidade”. Ainda, na medida em que tais processos são efetivos, essas normas, valores, etc, tornam-se então “senso comum.” Eles tendem a se tornar hegemônicos, na medida em que são aceitos como axiomas inquestionáveis, sustentando o padrão transformado das relações e estruturas de poder, das quais são, necessariamente, uma parte integrante. Em outras palavras, processos de institucionalização e a tendência rumo ao estabelecimento de uma hegemonia cultural são interligados, possivelmente sendo o resultado de lutas vitoriosas de movimentos sociais.

O que a discussão nesta seção sugere é que o entendimento da maneira pela qual ideias e práticas em relação aos direitos humanos podem desafiar ou manter formas de poder exigem um quadro analítico mais detalhado e matizado do que o que foi construído até aqui. Isso se torna ainda mais crucial em tempos de mudanças rápidas, e certamente qualquer tentativa de apoiar lutas por direitos humanos ou reconstruir direitos humanos nas condições contemporâneas exige a compreensão dessas complexidades. A última seção principal deste artigo tenta tratar de algumas dessas questões.

Reconstruindo direitos humanos numa era de globalização?

O contexto da globalização

Em contraste àqueles que enxergam a globalização como um processo puramente econômico, ou então como uma “ocidentalização” através de um processo de homogeneização cultural, estou usando o termo globalização como um atalho para descrever processos de transformação política, econômica e cultural, multidimensionais e dialéticos, que resultaram num aumento da interconectividade e no “alargamento e aprofundamento” de todas as formas de relações sociais pelo mundo.⁵⁹ Enquanto que processos de globalização não são, em si, fenômenos novos, o que parece ser novo é a rápida intensificação e aceleração desses processos nos últimos quarenta ou cinquenta anos. Resumidamente, há boas razões para se acreditar que estamos no início de uma transformação histórica fundamental, mas nem a trajetória da transformação, nem seu ponto de chegada são predeterminados.

Mais especificamente, a globalização envolve um processo dialético complexo de, por exemplo, universalização/particularização, homogeneização/diferenciação ou integração/fragmentação. A consequência disso é que a natureza e as direções de mudanças futuras permanecem altamente incertas e isso significa que precisamos ser extremamente flexíveis em nossas análises e orientações. Não devemos apenas supor que formas pretéritas de poder permanecerão iguais e terão as mesmas implicações, muito menos devemos presumir que não irão surgir novas formas de poder.



Por exemplo, a crise ecológica mundial, que vem crescendo, provocou demandas por direitos do meio ambiente. Como eles devem ser entendidos como desafios às relações e estruturas de poder existentes? Uma resposta simples talvez seja dizer que se tratam de uma outra forma de desafio ao poder econômico privado, mas são eles apenas isso? Talvez sejam melhor compreendidos como desafios à constelação de relações e estruturas de poder que apoiaram o industrialismo ou, mais especificamente, os setores da economia e do estado ligados à produção e ao consumo de combustíveis fósseis.

Mudando de rumo, em paralelo com a ideia de globalização está o ponto de vista muitas vezes sustentado de que estamos entrando numa nova “era da informação”. Se for o caso, uma implicação talvez seja que o cenário em torno do controle e acesso à informação está se tornando um novo espaço de poder, poder esse distinto e rival de suas formas tradicionalmente reconhecidas.

Por fim, é claro, os processos de globalização fomentaram um importante debate sobre como o mundo deve ser governado no futuro. Não devemos supor, simplesmente, que relações e estruturas de poder relacionadas a qualquer instituição emergente de governança global suscitaria, necessariamente, as mesmas questões que aquelas associadas ao “poder estatal”.

Posto isso, duas coisas parecem claras. Primeiro, ideias e práticas relacionadas a direitos humanos têm forte envolvimento em tais processos de globalização. Para a maior parte, isso resultou em nada além de uma reconstrução “globalizada” dos discursos dominantes abordados acima. Então, por exemplo, na prática, muitos defensores de direitos humanos - especialmente os poderosos estados ocidentais/setentrionais - continuam a defender conceitos estreitamente definidos de direitos humanos como direitos civis e políticos, mas falham de maneira evidente ao questionar graves violações de direitos econômicos, sociais e culturais.⁶⁰ Em contraste, assim como indicado acima, muitos críticos, frequentemente, descrevem a crescente agenda global de direitos humanos como sendo nada mais que uma aceleração da “ocidentalização”, ou então um suporte ideológico para processos que são apenas a última onda de expansão capitalista.⁶¹

Em segundo lugar, porém, há pouca dúvida de que a globalização econômica - especialmente os progressos nos mercados financeiro e de *commodities*, além da consolidação da capacidade de produção global por corporações transnacionais, apoiadas por uma ideologia de neoliberalismo global extremamente disseminada - está enfraquecendo significativamente a capacidade de até mesmo os estados mais poderosos regularem seus assuntos econômicos e sociais dentro de seus limites territoriais. Assim, como Rajni Kothari colocou, “o capitalismo está adentrando uma nova fase e os processos econômicos estão se tornando autônomos em relação à autoridade política.”⁶² O resultado disso é que até os estados mais ricos estão reduzindo a assistência social, enquanto lutam para garantir que seu mercado de trabalho local é suficientemente flexível para atrair investimentos internos e competir no mercado global. Essa é uma questão de fundamental importância, pois, a maioria daqueles que buscaram garantir que direitos econômicos e sociais fossem levados a sério, supôs que - para os objetivos práticos - os deveres correlativos, no que tange à garantia de direitos econômicos e sociais, cabem ao Estado de cada um.⁶³ Apesar desse argumento sempre ter sido frágil, pode ser que esteja se tornando absolutamente insustentável. Se direitos econômicos e sociais vão passar a ter significado para a maior parte da humanidade, algo mais será necessário.



Escritores como Henry Shue e John Vincent defenderam que Estados setentrionais/ocidentais mais ricos possuem o dever de proteger direitos econômicos e sociais para além de suas fronteiras; Vincent chega ao ponto de clamar pela implementação de um Estado de bem-estar global.⁶⁴ Todavia, isso só poderia ser feito se os Estados setentrionais/ocidentais mais ricos estivessem preparados para fornecer recursos adequados a instituições supranacionais relevantes, e se tais instituições também estivessem preparadas e fossem capazes de regular o mercado global. Em *A Democracia e a Ordem Global*, David Held sugere, claramente, que um conjunto abrangente de direitos - inclusive os direitos econômicos e sociais - é necessário para que se proteja a população dos efeitos do poder.⁶⁵ Seu entendimento sobre direitos, porém, permanece fortemente restrito ao direito institucionalizado. Inclusive, ele deixa claro que as principais barreiras às obrigações, no que tange a tais direitos, deve se dar por meio de instituições políticas.⁶⁶ De fato, apesar de direitos serem importantes para Held, é “a consolidação do direito público democrático que constitui a base da autonomia, garantindo proteção e segurança a todos.”⁶⁷ Movimentos sociais são tratados com certa suspeita e mantidos distantes nas propostas de Held para a democracia cosmopolita.⁶⁸

Se houver, *prima facie*, um bom argumento que sugira que relações e estruturas de poder existentes tendem a ser sustentadas no âmbito das próprias estruturas institucionais e regimes jurídicos, propostas de que direitos econômicos e sociais podem, de alguma maneira, ser efetivamente protegidos a um nível global no presente momento, apenas a partir da combinação de inovação institucional e direito internacional, parecem vazias. Na minha opinião, pode-se mostrar mais útil considerar como os movimentos sociais poderiam renovar e revigorar o desafio ao poder econômico. Uma maneira de fazê-lo seria reexaminar a natureza das reivindicações e deveres em relação aos direitos econômicos e sociais, de modo a especificar como poderosos atores econômicos privados, e não apenas Estados, possuem obrigações centrais no que tange a tais direitos. Todavia, isso levanta uma questão mais ampla, já que os Estados são vistos como os principais detentores de obrigações em relação a todos os direitos humanos. Se os Estados estiverem perdendo a capacidade que tinham de proteger direitos humanos nas condições contemporâneas, quais são as consequências disso?

De forma interessante, reivindicações liberais iniciais por direitos eram direcionadas contra os Estados, pois eram vistos como os violadores de direitos. Semelhantemente, demandas por autodeterminação nacional eram direcionadas contra os Estados coloniais, porque eram eles os violadores de direitos. Porém, em outros casos, como nos direitos das mulheres, os Estados não são, necessariamente, os únicos, ou até mesmo os principais violadores. Na verdade - como no caso da abordagem social-democrática dos direitos econômicos e sociais - é esperado que os Estados façam um expurgo depois de ocorridas as violações.⁶⁹ O que estou sugerindo é que - como uma reivindicação moral - pudéssemos fazer mais do que repetir a trajetória de demandas originariamente liberais por direitos naturais, garantido que os deveres sejam atribuídos, em primeira instância, àqueles que, visivelmente, os violaram.



A Comissão para Governança Global escolheu esse ponto. Numa interpretação senão “ortodoxa” de um entendimento social-democrático sobre direitos humanos, seu relatório traz que:

Como concebidos hoje, os direitos são quase inteiramente definidos em termos da relação entre pessoas e governos. Acreditamos que agora é importante começar a pensar em direitos em termos mais amplos, reconhecendo que os governos são apenas uma fonte de ameaças aos direitos humanos e, ao mesmo tempo, que cada vez mais a ação do governo não será suficiente para proteger diversos direitos humanos. Isso significa que todos os cidadãos, como indivíduos e membros de diferentes grupos privados e associações, devem aceitar a obrigação de reconhecer e ajudar a proteger os direitos dos outros.⁷⁰

Se adicionarmos à última frase “em proporção direta a seu grau de poder”, talvez passemos de uma advertência geral aos contornos de um projeto moral e político potencialmente definível. Talvez tenhamos o início de um abordagem mais radical dos direitos humanos. Então, como os movimentos sociais poderiam contribuir para esse processo?

Globalização a partir de baixo: o papel potencial dos movimentos sociais na reconstrução dos direitos humanos

Não pretendo sugerir que todas as demandas de todos os movimentos sociais devem ser aceitas como reivindicações legítimas por direitos humanos, nem que apenas os movimentos sociais possuem papel relevante na reconstrução de ideias e práticas em relação aos direitos humanos. Por outro lado, acredito que os movimentos sociais possuem um papel importante nessas reconstruções e que é essencial que esse potencial seja reconhecido pelos atuais defensores e opositores dos direitos humanos. Se, assim como Melucci sugeriu, os movimentos sociais têm a capacidade de tornar o poder visível,⁷¹ então, especialmente em períodos de transformações rápidas, essa capacidade poderia comprovar uma correção importante às abordagens puramente institucionais, que são altamente ambivalentes no que tange à sua orientação voltada às relações e estruturas de poder.

A possibilidade dos movimentos sociais serem atores coletivos chave no que, frequentemente, é descrito como “globalização a partir de baixo”, já foi reconhecida por alguns autores.⁷² Ademais, há uma crença generalizada de que os objetivos, as táticas e as estratégias de muitos movimentos sociais contemporâneos são marcadamente diferentes do que se supõe que sejam os movimentos “típicos” dos séculos XIX e XX. Como Nikhil Aziz explica:

Falando de maneira geral, as preocupações dos novos movimentos sociais transnacionais com a eliminação das desigualdades políticas, econômicas e sociais são as mesmas dos objetivos de movimentos socialistas e comunistas do passado. Entretanto, os movimentos novos buscam a não-violência, em oposição à revolução violenta; e eles geralmente abdicam do poder no sentido do controle do Estado, buscando, no lugar disso, alternativas políticas ao próprio Estado.⁷³

Enquanto as tentativas de se distinguir entre os supostamente “novos” e “antigos” movimentos sociais, assim como indicado acima, são, em última análise, insustentáveis, podem as características particulares dos movimentos sociais contemporâneos ser relacionadas ao modo pelo qual eles articulam as demandas como reivindicações por direitos? Eu penso que sim.⁷⁴

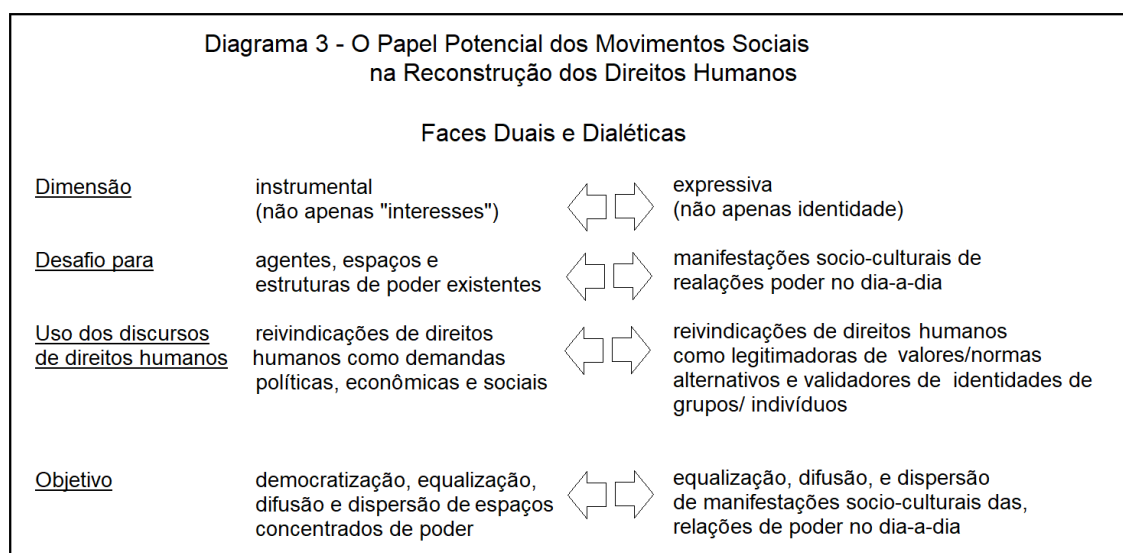


Vicent defendeu a ideia de que os direitos humanos devem ser subversivos,⁷⁵ e, se é que significam alguma coisa, só podem ser convalidados quando estão desafiando o poder, não sustentando-o. Partidários do pensamento de que existem “novos” direitos humanos precisam pensar em construir suas reivindicações de uma maneira pela qual elas sejam o menos propensa a sustentar o poder. Um modo óbvio de fazê-lo é buscar construir reivindicações de uma maneira tal que não impliquem ou requeiram a substituição de uma forma de poder por outra. Para reiterar um argumento apresentado anteriormente, de uma maneira diferente, construir ideias de direitos contra o poder econômico, de uma maneira que exija e acarrete extensões substanciais do poder estatal - um problema básico tanto no Marxismo quanto a social democracia - talvez destrua o potencial de desafio inicial.

A partir dessa perspectiva, podemos identificar problemas com o modo pelo qual as demandas atuais por direitos estão sendo construídas por ativistas. Na área dos direitos ambientais, de importância crucial, as demandas estão sendo construídas através de suposições estatizantes, no que tange a quem detém as obrigações correlatas. A nível global, se isso significasse a necessidade de criação de um Estado mundial, o potencial autoritário de tal Estado seria preocupante. Demandas também estão sendo articuladas pelos direitos de não-humanos - direitos dos animais e direitos de entidades não sencientes. Nesse caso, já que o sujeito do direito é incapaz de, por si só, articular a demanda, isso necessariamente significa que alguns seres-humanos devem fazê-lo “em nome” dos animais e de entidades não sencientes. De uma forma parecida às demandas por todos os tipos de direitos de um grupo como direitos coletivos, isso carrega um potencial autoritário.

Um modelo possível para a compreensão do potencial dos movimentos sociais em reconstruir ideias e práticas, no que diz respeito aos direitos humanos, é demonstrado abaixo.

Diagrama 3



Assim como antes, estou sugerindo aqui que a construção e o uso de discursos de direitos humanos por movimentos sociais podem ter um papel importante e positivo em desafiar as relações e estruturas de poder, tanto como espaços concentrados de poder, quanto como no modo pelo qual o poder está incorporado em todas as relações sociais. No lado “instrumental”,



discursos sobre direitos são usados para reivindicações políticas, econômicas e sociais que podemos esperar que incluam demandas por “institucionalização” e “aplicação” (i.e. a “realização”) de tais direitos. Porém, o “objetivo” do lado “instrumental” nos faz lembrar que reivindicações por direitos são uma ferramenta, e não o fim da luta social e política. Mesmo assim, essa é uma forma de entender quais demandas por direitos de movimentos sociais (juntamente com a cacofonia presente de tais demandas) poderiam ser consideradas “progressistas”, porque demandas que buscam substituir uma forma de poder por outra não são compatíveis com o objetivo de “reduzir” a capacidade de espaços com concentração de poder.

Na dimensão expressiva deste quadro, o uso dos discursos por direitos busca desafiar o modo pelo qual as relações e estruturas de poder são integradas à vida cotidiana, através do estabelecimento de valores e normas alternativas, assim como validando moralmente as identidades e perspectivas daqueles oprimidos pelas relações e estruturas de poder existentes. Desse modo, o uso de discursos por direitos busca criar um panorama que desafia ideias dominantes do “senso comum” e poderiam ser vistos como tentando ser contra-hegemônicos em relação a esse poder. Novamente, o “objetivo”, no lado expressivo, dá ênfase a um compromisso sociocultural ao que pode ser denominado como uma instância “limitadora de poder”.

O que é de interesse especial, aqui, é a possibilidade de que - nas condições contemporâneas de globalização - os movimentos sociais possam se tornar agentes globais de mudança sociocultural mais eficazes em relação aos direitos humanos do que os estados-nação existentes e as crescentes instituições supranacionais. Em circunstâncias nas quais os Estados, individualmente, se tornam cada vez menos capazes de cumprir suas obrigações de garantia dos direitos humanos, mas órgãos supranacionais não receberam a legitimação tradicionalmente conferida aos Estados-nação através do nacionalismo e da identidade nacional, talvez esteja se abrindo um espaço para que os movimentos sociais ampliem o entendimento popular sobre direitos humanos como desafios para que se estendam as relações e estruturas de poder. Talvez todos aqueles que almejavam defender os direitos humanos devessem reconhecer e aceitar ativamente essa possibilidade.

Conclusões

Este artigo cobriu amplos campos e pode ser criticado por não ter se baseado em detalhada pesquisa empírica. Eu concordaria. Parece-me que uma agenda de pesquisa que atente para a conexão sócio-histórica entre movimentos sociais e reivindicações de direitos humanos deveria se levar a sério. Da mesma forma, a maneira pela qual aquilo que chamei de “mudança” dos direitos humanos do desafio à sustentação de formas de poder requer uma análise detalhada numa forma que simplesmente não foi tentada antes. Finalmente, claro, a análise do papel e das perspectivas dos direitos humanos nas condições contemporâneas de rápida globalização exige especial e urgente consideração. Este artigo é necessariamente reflexivo e exploratório, mas tenta injetar considerações renovadas e possibilidades em discursos sobre os direitos humanos, e isto parece ser desesperadamente necessário. Como Richard Devlin afirmou:



Se os direitos humanos devem ser entendidos como um desafio ao poder, como um modo de resistência à dominação, então temos de confrontar o poder em todas as suas manifestações.

Mas, aos poucos, eu penso, os primeiros passos estão sendo dados para combater o problema. Por meio do processo de nomeação, da luta a partir das margens, a desestabilização da visão hegemônica já começou. Talvez aqueles que se recusam a essas concepções alternativas dos direitos humanos, como os que invocam a silenciosa estratégia de fechamento conceitual, e aqueles que controlam a agenda internacional dos direitos humanos devam sair do caminho. Aí então seriam parte da solução, ou, pelo menos não seriam parte do problema.⁷⁶

Espero que este artigo tenha ajudado a identificar os problemas e, talvez, fazer uma pequena contribuição para pensar sobre algumas soluções possíveis.

² Neil Stammers finalizou sua tese de doutorado em 1980. Após trabalhar por muitos anos (entre outras coisas, administrando um centro dia para pessoas em situação de rua e trabalhando como assistente jurídico numa Unidade de Representação Gratuita), foi nomeado professor de política na Universidade de Sussex em 1989. Sua área de pesquisa gira em torno de movimentos sociais, direitos humanos, sociedade civil e globalização, em conjunto com seu interesse no futuro da política radical e no potencial para mudanças sociais transformadoras.

Nota dos Tradutores: Unidade de Representação Gratuita (Free Representation Unit) é uma entidade britânica que presta assistência *pro bono* nos Tribunais para quem não pode pagar por um advogado, atuando nas áreas trabalhista, de seguridade social e de indenizações criminais.

³ A. BELDEN FIELDS, WOLF-DIETER NARR, Human Rights as a Holistic Concept, 14 Hum. Rts. Q. 1, 5 (1992).

⁴ Para exemplos do modo como movimentos sociais aparecem na literatura sobre direitos humanos, vide BURNS H. WESTON, Human Rights, in Human Rights in The World Community: issues and Action 14 (RICHARD PIERRE CLAUDE, BURNS H. WESTON eds., 2d ed. 1992). Sobre poder, vide RICHARD DEVLIN, Solidarity or Solipsistic Tunnel Vision?: Reminiscences of a Renegade Rapporteur, in Human Rights in the Twenty-first Century: a Global Challenge 991 (KATHLEEN E. MAHONEY & PAUL MAHONEY eds., 1993) [hereinafter A Global Challenge]; NICHOLAS K. BLOMLEY, Mobility, Empowerment and the Rights Revolution, 13 Pol. Geography 407 (1994); NEIL STAMMERS, Human Rights and Power, 43 Pol. Stud. 70 (1993) [hereinafter STAMMERS, Human Rights]; NEIL STAMMERS, A Critique of Social Approaches to Human Rights, 17 Hum. Rts. Q. 488 (1995) [hereinafter STAMMERS, A Critique].

⁵ Ver ANTHONY GIDDENS, The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration (1984); IRA J. COHEN, Structuration Theory: Anthony Giddens and the Constitution of Social Life (1989); ROY BHASKAR, Reclaiming Reality: A Critical Introduction to Contemporary Philosophy (1989); ANDREW COLLIER, Critical Realism: An Introduction to Roy Bhaskar's Philosophy (1994).

⁶ Ver, e.g., EVA BREMS, Enemies or Allies?: Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices In Human Rights Discourse, 19 Hum. Rts. Q. 136 (1997).

⁷ Incluindo estudos recentes sobre mudança global. Ver, e.g., STEPHEN GILL, The Global Panopticon?: The Neoliberal State, Economic Life, and Democratic Surveillance, 20 Alternatives 1 (1995); KATE MANZO, Global Power and South African Politics: A Foucauldian Analysis, 17 Alternatives 23 (1992).

⁸ Ver STEVEN LUKES, Power: A Radical View (1974).

⁹ Ver MICHEL FOUCAULT, Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977 (1980); MICHEL FOUCAULT, Afterword to HUMBERT L. DREYFUS & PAUL RABINOW, Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics 208 (1982).

¹⁰ Para uma breve e proveitosa discussão sobre esse ponto, ver SANDRA LEE BARTKY, Agency: What's the Problem?, in Provoking Agents: Gender and Agency in Theory and Practice 178, 186 (JUDITH KEGAN GARDINER ed., 1995).



¹¹ Ver LUKES, *supra* nota 8.

¹² Ver, por exemplo, a definição dada em ALAN SCOTT, *Ideology and the New Social Movements* 6 (1991).

¹³ Ver, especialmente, RICHARD FALK, *The Global Promise of Social Movements: Explorations at the Edge of Time*, 12 *Alternatives* 173 (1987); *Social Movements and World Politics*, *Millennium* (Special Issue), Winter 1994.

¹⁴ Esse foi um debate fundamental no campo dos estudos de movimentos sociais desde a ascensão dos intitulados “novos movimentos sociais”, na metade da dos anos 60. Para análises críticas, ver PAUL D’ANIERI et al., *New Social Movements In Historical Perspective*, 22 *Comp. Pol.* 445 (1990); DAVID PLOTKE, *What’s So New About New Social Movements?*, 20 *Socialist Rev.* 81 (1990); STEVEN M. BEUHLER, *New Social Movement Theories*, 36 *Soc. Q.* 441 (1995); NEIL STAMMERS, *Social Movements and the Challenge to Power, in Politics and Globalisation: Knowledge, Ethics, Agency* (MALCOLM SHAW ed., forthcoming 1999).

¹⁵ Ver ALAIN TOURAINE, *The Self-Production of Society* (1977); ALAIN TOURAINE, *The Voice and The Eye: An Analysis of Social Movements* (1981).

¹⁶ Ver ALBERTO MELUCCI, *Nomads of the Present: Social Movements and Individual Needs in Contemporary Society* (John Keane & Paul Mier eds., 1989).

¹⁷ Ver JEAN COHEN & ANDREW ARATO, *Civil Society and Political Theory* (1992).

¹⁸ Ver, e.g., MELUCCI, *nota supra* 16; ALAN SCOTT, *Political Culture and Social Movements*, em *Political and Economic Forms of Modernity* 127 (John Allen et al. eds., 1992).

¹⁹ A dicotomia interesse/identidade tem sido extensamente usada analiticamente para distinguir entre “antigos” e “novos” movimentos sociais, com os “antigos” movimentos sendo predominantemente associados com a busca de interesses materiais e os “novos” movimentos sendo considerados muito mais preocupado com identidades. Sem querer excluir esse debate, ao mudar a ênfase para o enfoque em uma dialética instrumental/expressiva, podemos reconhecer que, historicamente, os movimentos sociais sempre englobaram ambos, pelo menos até certo ponto. Havia uma importante dimensão expressiva para o “antigo” movimento sindical, assim como havia claras dimensões expressivas para os movimentos nacionalistas - fossem as variedades do século XIX ou do século XX. Sobre as “novas” dimensões dos “velhos” movimentos, ver KENNETH H. TUCKER, *How New are the New Social Movements?*, 8 *THEORY, CULTURE & SOC’Y*, May 1991, 75 (1991); CRAIG CALHOUN, “New Social Movements” of the Early Nineteenth Century, 17 *Soc. Sci. HIST.* 385 (1993). Eu também estou evitando o uso da relação “estratégia”/“identidade” como discutida por Cohen e Arato e muitos outros, porque esses termos parecem se relacionar mais a distinções surgidas do estudo de movimentos sociais (i.e., teoria da mobilização de recursos versus nova teoria dos movimentos sociais) em vez de distinções dentro dos próprios movimentos. Ver COHEN & ARATO, *op. cit.*

²⁰ DAVID BEETHAM, *Introduction: Human Rights in the Study of Politics*, in *Politics and Human Rights* 1, 8 (David Beetham ed., 1995).

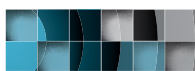
²¹ Ver *A Global Challenge*, *supra* nota 4.

²² Ver WESTON, *supra* nota 4.

²³ Exceções interessantes são FIELDS & NARR, *supra* nota 3; BLOMLEY, *supra* nota 4; ALAN HUNT, *Direitos e Rights and Social Movements: Counter-Hegemonic Strategies*, 17 *J.L. & Soc’y* 309 (1990); NIKHIL AZIZ, *The Human Rights Debate in an Era of Globalization: Hegemony of Discours*, 27 *BULL. CONCERNED ASIAN SCHOLARS*, out.-dez. 1995, AT 9; J.L. RICHARDSON, *Contending Liberalisms: Past and Present*, 3 *EUR. J. OF INT’L REL.* 5 (1997).

²⁴ Ver AMY BARTHOLOMEW, MARGIT MAYER, *Nomads of the Present: Melucci’s Contribution to “New Social Movement” Theory*, 9 *Theory, Culture & Soc’y*, novembro de 1992, p. 141. Este é um ponto raramente tocado. No entanto, em uma interessante análise de *Nomads of the Present*, Bartholomew e Mayer sugerem que Melucci não consegue abordar a dimensão “expressiva” dos discursos de direitos porque “ergue uma dicotomia excessivamente aguda entre a ação político-estratégica-instrumental e a representação política, por um lado, e vida do cotidiano, cultura, formação de identidade e desafios simbólicos do outro”. Id. p. 154.

²⁵ Ver HUNT, *supra* nota 23, at 314.



²⁶ Ver, e.g., JACK DONNELLY, *Universal Human Rights In Theory and Practice* 28-29 (1989); MARGARET MACDONALD, *Natural Rights*, in *Human Rights* 40 (A.I. Melden ed., 1970); KENNETH MINOGUE, *The History of the Idea of Human Rights*, in *The Human Rights Reader* 3, 5 (Walter Laqueur & Barry Rubin eds., 1979).

²⁷ Ver RICHARDSON, *supra* nota 23, at 8.

²⁸ *Id.*

²⁹ PETER LASLETT, *Introduction to John Locke, Two Treatises of Government* 3, 21 (Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press 1988) (1690).

³⁰ WESTON, *supra* nota 4, at 19.

³¹ A origem da formulação de um direito do povo à autodeterminação nacional pode ser encontrada nas primeiras declarações dos direitos naturais, mas sua forma moderna se desenvolveu apenas após a Primeira Guerra Mundial, a partir do discurso de Woodrow Wilson, “Os Quatorze Pontos”, e da ascensão de movimentos anti-imperialistas.

³² MELUCCI, *supra* nota 16, p. 76. Melucci explica essa capacidade em termos do que ele chama de movimentos sociais contemporâneos. Eu proponho, assim, uma aplicação muito mais ampla.

³³ Ver, e. g., WESTON, *supra* nota 4; DONNELLY, *supra* nota 26; RHODA E. HOWARD, *Human Rights and the Search for Community* (1995); SUSAN MENDUS, *Human Rights in Political Theory*, in *Politics and Human Rights* 10, *supra* nota 20.

³⁴ A sugestão de que temos direitos humanos “simplesmente porque somos humanos” é articulada de forma mais explícita por Jack Donnelly e Rhoda Howard. Vide, por todos, DONNELLY, *nota acima* 26; HOWARD, *supra* nota 33. As obras de John Vincent e Henry Shue também podem ser descritas como “social-democratas” em orientação. Veja, por exemplo, HENRY SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U. S. Foreign Policy* (1980); R.J. VINCENT, *Human Rights and International Relations* (1986). Estes pontos são retomados em STAMMERS, *A Critique*, *supra* nota 2.

³⁵ DONNELLY, *supra*, nota 26, em 14.

³⁶ Vide, e. g., JOHN H. SIMPSON, “The Great Reversal”: *Selves, Communities and the Global System*, 57 *Soc. RELIGION* 115 (1996).

³⁷ Vide HOWARD, *supra* nota 33; RICHARD A. WILSON, *Human Rights, Culture and Context: An Introduction*, in *Human Rights, Culture & Context: Anthropological Perspectives* 1 (RICHARD A. WILSON ed., 1997).

³⁸ Ver. e. g., MICHAEL WALZER, *Just and Unjust Wars: a Moral Argument With Historical Illustrations* (2^a ed. 1992); MICHAEL WALZER, *The Moral Standing of States: A Response to Four Critics*, 9 *Phil. & Pub. Aff.* 209 (1980).

³⁹ JOHN H. SIMPSON, “The Great Reversal”: *Selves, Communities and the Global System*, 57 *Soc. RELIGION* 115 (1996).

⁴⁰ Isto não é verdadeiro, claro, para todas as abordagens marxistas. Vide, See, e.g., E.P. THOMPSON, *The Secret State*, *State Research Pamphlet* N^o.1 (1979); HUNT, *nota supra*.

⁴¹ Vide, e. g., *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives* (ADAMANTIA POLLIS & PETER SCHWAB eds., 1980) [doravante *Cultural and Ideological Perspectives*].

⁴² PHENG CHEAH, *Posit(ion)ing Human Rights*, 9 *Pub. Culture* 233 (1997).

⁴³ GILL, *supra* nota 7, p. 1.

⁴⁴ FIELDS, NARR, *supra* nota 3.

⁴⁵ *Idem*, p. 3 (grifo meu).

⁴⁶ WILSON, *supra* nota 37.

⁴⁷ *Idem*, p. 14.

⁴⁸ *Idem*, p. 16 (grifo meu).

⁴⁹ Vide, e.g., GILL, *supra* nota 5; *Cultural and Ideological Perspectives*, *supra* nota 41; KOTHARI,



Globalization: A World Adrift, 22 Alternatives 227 (1997).

⁵⁰ DONNELLY, supra nota 26, p. 29.

⁵¹ BLOMLEY, supra nota 4, p. 413.

⁵² Idem, p. 412.

⁵³ KARL MARX, On the Jewish Question, in Karl Marx: Selected Writings 39 (DAVID ed., 1977).

⁵⁴ RICHARD A. WILSON, Representing Human Rights Violations: Social Contexts and subjectivities, in Anthropological Perspectives, supra nota 37, p. 134.

⁵⁵ WILSON, supra nota 37, p. 16. Vide WILSON, supra nota 54.

⁵⁶ WENDY BROWN, States Injury: Power and Freedom in Late Modernity 96 (1995).

⁵⁷ Vide, por exemplo, a perspectiva de Weber sobre o aumento da racionalidade. From Max Weber: Essays in Sociology (HANS H. GERTH & C. WRIGHT MILLS eds., 1970). O clássico, mas falho, trabalho sobre organização e oligarquia é ROBERT MICHELS, Political Parties: a Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracy (1962). A respeito dos movimentos sociais, ver MAYER N. ZALD & ROBERTA ASH, Social Movement Organizations: Growth, Decay and Change, in Studies In Social Movements (BARRY MCLAUGHLIN ed., 1969); KARL-WERNER BRAND, Cyclical Aspects of New Social Movements: Waves of Cultural Criticism and Mobilization Cycles of New Middle-class Radicalism, In Challenging the Political Order: New Social and Political Movements in Western Democracies 23 (RUSSELL J. DALTON & MANFRED Kuechler eds., 1990) [doravante Challenging the Political Order]; CLAUS OFFE, Reflections on the Institutional Self-transformation of Movement Politics: A Tentative Stage Model, In Challenging The Political Order, supra, p. 232.

⁵⁸ Vide, e. g., STAMMERS, Human Rights, supra nota 4.

⁵⁹ Este entendimento é construído a partir de trabalhos como ANTHONY GIDDENS, The Consequences of Modernity (1991); DAVID HELD, Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance (1995); The Transformation of Democracy?: Globalization and Territorial Democracy (ANTONHY MCGREW ed., 1997) Modernity and Its Futures (STUART HALL et al. eds., 1992).

⁶⁰ Em contraste com a tantas vezes afirmada interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos. Ver, por exemplo, Declaração de Viena e Programa de Ação, U.N. GAOR, World Conf. em Hum. Rts., 48ª Sess., 22d plen. mtg. art. 5, U.N. Doc. A / CONF.157 / 24 (1993), reimpresso em 32 I.L.M. 1661 (1993). Ver também Major Political Writings MAJOR POLITICAL WRITINGS, supra nota 34, p. 479, 482. O slogan do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU foi igualmente “Todos os direitos humanos para todos”, supostamente destacando “a universalidade, a indivisibilidade e a inter-relação dos direitos humanos” e reforçando a ideia de que todos os direitos humanos “devem ser tomados em sua totalidade e não dissociados uns dos outros”. Comunicado de imprensa DPI / 1 937 / A-97-33083-fev. 1998, Departamento de Informação Pública da ONU (em arquivo com o autor).

⁶¹ Para o debate sobre “valores asiáticos”, vide, por exemplo, JOSEPH CHAN, The Asian Challenge to Universal Human Rights: A Philosophical Appraisal, in Human Rights in the Asia-Pacific Region 25 (JAMES T.H. TANG ed., 1995); CHANDRA MUZAFFAR, Human Rights and The New World Order (1993); TOM YOUNG, Rights as Discourse and Practice in Contemporary Politics and International Relations, paper apresentado no “25h Anniversary Conference of Millenium”, na London School of Economics and Political Science, 17-19 Out. 1996 (arquivo com o autor).

⁶² KOTHARI, supra nota 49, p. 228.

⁶³ Argumentado fortemente por DONNELLY, supra nota 26. Ver também STAMMERS, A Critique, supra nota 4.

⁶⁴ Ver SHUE, supra nota 34, VINCENT, supra nota 34.

⁶⁵ HELD, supra, nota 59.

⁶⁶ Idem, p. 204 n. 5.

⁶⁷ Idem, p. 222.



⁶⁸ *Idem*, p. 286.

⁶⁹ Hunt argumenta que o projeto social-democrata em relação aos direitos econômicos e sociais, ao invés de empoderar dignos detentores de direitos, criou “suplicantes” no estado de bem-estar social. Veja HUNT, *supra* nota 23.

⁷⁰ COMISSÃO PARA A GOVERNANÇA GLOBAL, *Our Global Neighbourhood* 56 (1995).

⁷¹ MELLUCCI, *supra* nota 16, p. 76.

⁷² Ver, p. ex., FALK, *supra* nota 13; RICHARDSON, *supra* nota 23; AZIZ, *supra* nota 23.

⁷³ AZIZ, *supra* nota 23, p. 14.

⁷⁴ STAMMERS, *supra* nota 14.

⁷⁵ VINCENT, *supra* nota 34, p. 102.

⁷⁶ DEVLIN, *supra*, nota 4, 998-99.



A atuação da Defensoria Pública com movimentos sociais: considerações a partir da sociologia do direito¹

***The role of the Public Defender's Office with social movements:
a view from the sociology of law***

Caio Santiago F. Santos

Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
caio.santiago.santos@usp.br

Resumo

Este trabalho pretende apresentar uma reflexão sobre as possibilidades de atuação da Defensoria Pública com movimentos sociais. De modo geral, sustenta-se que no seu atual modelo institucional a Defensoria Pública pode atuar com movimentos sociais, contribuindo para que o Judiciário exerça um papel mais democrático, de efetivação de direitos não só de indivíduos com recursos e grupos econômicos, mas também de grupos sociais de baixa renda e vulneráveis.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Movimentos Sociais. Acesso à Justiça.

Abstract

This paper develops a reflection on the possibilities of Public Defender's activities with social movements. In general, it is argued that in its current institutional model the Public Defender's Office can work with social movements, contributing to a more democratic role for the Judiciary in society, enforcing rights not only of individuals with resources and economic groups, but also of low-income and vulnerable social groups.

Keywords: *Public Defender's Office. Social movements. Access to Justice.*



Introdução

O objetivo deste trabalho é apresentar uma reflexão sobre as possibilidades de atuação da Defensoria Pública com movimentos sociais. As questões que busca enfrentar são as seguintes: Pode a Defensoria Pública atuar com movimentos sociais? Quais as consequências dessa atuação para o Judiciário? Qual pode ser o papel específico da Defensoria na atuação com movimentos sociais, diferenciando-se do Ministério Público e da advocacia?

A relevância dessas questões decorre de pelo menos dois motivos. Primeiro, a Defensoria Pública passou nos últimos 15 anos por um processo de expansão e fortalecimento institucional, cujo marco inicial é a Emenda Constitucional 45 de 2004, que atribuiu autonomia funcional e administrativa para as instituições estaduais. Dessa forma, nos estados em que a Defensoria já existia, mas estava subordinada a algum órgão do executivo estadual, como na Bahia, essa Emenda favoreceu o início de um processo de autonomia. Nos estados em que a Defensoria sequer existia, como em São Paulo, essa Emenda contribuiu para a criação da instituição. O caso de São Paulo é particularmente interessante porque houve uma campanha social pela sua criação, o que ocorreu em 2006.

O segundo motivo é que a Defensoria Pública passou por mudanças no seu modelo institucional, sobretudo com a Lei Complementar 132 de 2009. Com isso, a Defensoria deixou de ter apenas uma função tradicional, vinculada à resolução individual de conflitos comuns e com uma postura mais reativa a demandas. Essa Lei atribuiu novas funções institucionais à Defensoria e permitiu uma atuação com movimentos sociais, o que ainda está sendo objeto de pesquisas acadêmicas e de experiências práticas.

Este trabalho está organizado da seguinte forma. Primeiro, apresenta-se uma breve definição de sociologia do direito, área a partir do qual se reflete sobre as questões deste trabalho. Segundo, indicam-se os contornos gerais do tema “acesso à Justiça”, enquanto problema social e para a literatura jurídica. Terceiro, apontam-se como os movimentos sociais se relacionam com os problemas de acesso à Justiça. Quarto, aborda-se o possível papel da Defensoria Pública no acesso à Justiça para movimentos sociais, enfrentando de forma mais direta as questões deste trabalho.

Sociologia do Direito

Em geral, a sociologia do direito não é a disciplina mais comum nos cursos de graduação em Direito, nos quais há um predomínio de disciplinas dogmáticas. As disciplinas dogmáticas focam o seu estudo nas normas jurídicas e sua relação entre si, sem uma preocupação em vinculá-las ao contexto social. O direito constitucional, por exemplo, tende a estudar o Judiciário com olhar exclusivo para as normas constitucionais sobre sua organização. A sociologia do direito, por outro lado, não desconsidera as normas jurídicas, mas busca estabelecer relações com o contexto social nas quais se inserem. Dessa forma, é possível ter uma visão mais ampla e enfrentar questões diversas como o papel do Judiciário na sociedade, o papel dos profissionais do direito, e como fatores extrajurídicos influenciam o Judiciário². No Brasil, a sociologia do direito deve ter uma preocupação sobretudo com o contexto social



brasileiro, que apresenta significativas diferenças em relação à Europa ou aos Estados Unidos, como uma maior desigualdade social.

Acesso à Justiça

O acesso à Justiça é um dos principais temas da sociologia do direito, que ganha destaque nos Estados Unidos e países da Europa a partir da década de 1960 e no Brasil a partir da década de 1980³. No caso brasileiro, trata-se do período da transição democrática, em que ganham relevância debates sobre o modelo de Judiciário para o novo regime democrático. Enquanto tema de pesquisa, o acesso à Justiça está relacionado a duas questões⁴. Primeiro, quem tem condições de acessar o Judiciário? Ou seja, quais indivíduos e grupos sociais têm condições de utilizar ativamente o Judiciário? Segundo, quais conflitos efetivamente chegam ao Judiciário? Ou seja, sobre que tipo de conflitos o Judiciário profere decisões? Por exemplo, o Judiciário lida apenas com conflitos individuais ou lida também com conflitos coletivos de maior impacto social?

Sobre a primeira questão, tradicionalmente o Judiciário é um espaço privilegiado para quem tem recursos financeiros para contratar advogados. Indivíduos e grupos sociais com mais recursos têm mais condições de acessar o Judiciário. As diferenças de distribuição de serviços legais na sociedade é uma das formas pelas quais o Judiciário tende a favorecer determinados grupos sociais em detrimento de outros⁵. Forma-se uma contradição entre igualdade formal e desigualdade social, uma vez que todos os indivíduos podem formalmente ingressar no Judiciário para pleitear direitos, mas na prática apenas aqueles com mais recursos ingressam ativamente no Judiciário⁶. Dessa forma, em situações de elevadas diferenças no acesso a serviços legais, a desigualdade social gera uma desigualdade jurídica, na medida em que o Judiciário tende a favorecer interesses de quem tem mais condições de acesso. Nesse sentido, a igualdade formal não é incompatível com uma atuação diferenciada do Judiciário para diversos grupos sociais.

Essas situações de ausência de acesso a serviços legais para indivíduos e grupos de baixa renda, como historicamente acontece no Brasil para a maioria da população, podem gerar diversos problemas. Primeiro, a ausência de acesso a serviços legais contribui para decisões judiciais proferidas sem o devido processo legal e sem o direito de ampla defesa e contraditório. Decisões judiciais que impõem graves sanções jurídicas, como a penhora de bens ou a restrição da liberdade individual, podem ocorrer em processos judiciais em que alguma parte não exercitou esses direitos por não ter acesso a um serviço legal. Como pode uma pessoa ser presa ou sofrer algum tipo de penhora sem o direito de ampla defesa? Esse tipo de decisão pode ser considerado não só ilegal, uma vez que a Constituição prevê o direito de ampla defesa e contraditório, mas também ilegítima, na medida que a aceitação social desse tipo de decisão tende a ser menor.

Um segundo problema decorrente da ausência de acesso a serviço legal para grupos e indivíduos de baixa renda é que inviabiliza a busca pelo Judiciário em caso de lesão de direitos. Em relações de consumo, por exemplo, uma empresa poderia adotar a estratégia de lesionar sistematicamente direitos de consumidores de baixa renda, sabendo que esses consumidores não

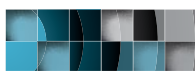


têm condições de buscar o Judiciário. Ou então o Poder Público poderia adotar decisões administrativas distintas para diferentes grupos sociais de acordo com a possibilidade de cada grupo buscar o Judiciário ou não em caso de lesão de direitos. É o que acontece, por exemplo, quando prefeituras ou governo estaduais promovem a remoção de famílias de baixa renda em ocupações antigas, que em tese teriam direito a usucapião do imóvel, sabendo que não podem contestar essas decisões administrativas no Judiciário. Dessa forma, a ausência de acesso ao Judiciário para alguns indivíduos e grupos sociais tende a aumentar a lesão de seus direitos.

Sobre a segunda questão relacionada ao acesso à Justiça, ou seja, quais os tipos de conflitos que efetivamente são julgados pelo Judiciário, tradicionalmente o Judiciário resolve apenas conflitos interindividuais: conflitos entre indivíduos, ou entre indivíduos e empresas ou governos. Dessa forma, numa visão tradicional sobre o Judiciário, um conflito só poderia ser judicializado se fosse passível de receber um tratamento interindividual, isto é, com indivíduos nos respectivos polos da ação, mesmo que fosse expressão de um conflito coletivo maior. Alguns casos de conflitos coletivos de maior porte, sem possibilidade de tratamento interindividual, não poderiam sequer serem apreciados pelo Judiciário. Contextos em que o Judiciário só lida com conflitos interindividuais podem gerar problemas como o aumento de volume processual (demandas repetidas sobre o mesmo conflito global) e resultados judiciais diferentes para a mesma situação. Além disso, quando o Judiciário só trata de conflitos na sua forma interindividual, perde-se de vista a possibilidade de uma solução global para a situação. A título de exemplo, no caso de condutas ilegais reiteradas de uma empresa, esta só poderia sofrer ações individuais. Dessa forma, só seria responsabilizada na medida em que cada indivíduo isoladamente buscasse o Judiciário. Nessa perspectiva tradicional, não é possível uma ação coletiva que coíba a prática ilegal da empresa como um todo.

Esses dois problemas, de ausência de acesso ao Judiciário por grupos vulneráveis e de solução judicial apenas para conflitos interindividuais, na década de 1980 contribuíram para uma crise de legitimidade do Judiciário. A maioria da população não conseguia utilizar efetivamente o Judiciário, uma vez que era um espaço privilegiado para quem tinha condições para contratar um advogado particular. Além disso, o Judiciário não lidava com conflitos coletivos relevantes, apenas conflitos interindividuais. Esse não foi apenas um problema do Brasil, mas também dos Estados Unidos e Europa.

As reformas realizadas para lidar com esses problemas foram de dois tipos. O primeiro tipo de reforma foi a criação da assistência jurídica gratuita. O Estado passa a fornecer serviço legal gratuito para os indivíduos que não conseguissem arcar com os custos de um advogado particular. No Brasil, desde 1988 a Constituição estabelece que a Defensoria Pública é a instituição responsável pela promoção do acesso ao Judiciário. Não é um programa de governo sujeito a variações da política, mas sim uma instituição própria do sistema de Justiça. Um segundo tipo de reforma foram reformas processuais e institucionais para que conflitos coletivos chegassem ao Judiciário. No Brasil, em 1985 foi criada a Ação Civil Pública. A visão é que determinados conflitos coletivos necessitam de mecanismos processuais específicos para sua solução pelo Judiciário. Além disso, algumas instituições receberam a atribuição para representação de interesses coletivos e difusos no Judiciário. No Brasil, quem primeiro recebeu essa atribuição na década de 1980 foi o Ministério Público. Em suma, os problemas sobre



acesso ao Judiciário são: Quem tem acesso? Quais tipos de conflitos efetivamente judicializados? Para cada problema, foram realizadas reformas específicas⁷.

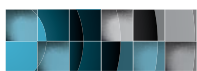
Movimentos Sociais

Qual a relação entre esses problemas de acesso à Justiça e movimentos sociais? No Brasil, como também nos Estados Unidos, os movimentos sociais fizeram a crítica da ilegitimidade do Judiciário. Se a ausência de acesso ao Judiciário prejudica a sua própria legitimidade, foram os movimentos sociais que identificaram esses problemas e que promoveram lutas para sua solução. Durante a década de 1980, chegou-se ao ponto de algumas decisões judiciais consideradas ilegítimas (ainda que eventualmente legais) serem propositadamente descumpridas por movimentos sociais. Num contexto social muito específico, em que havia forte mobilização social e o Judiciário trabalhava com uma legalidade autoritária produzida pelo regime militar, os movimentos sociais não cumpriram algumas decisões judiciais em casos de reintegração de posse ou da declaração de ilegalidade de greves. As greves e ocupações continuavam apesar do Judiciário, contando com forte apoio da sociedade. Nesse contexto, o Judiciário não tinha condições para efetivar suas decisões⁸.

Além disso, na década de 1980 não existiam instituições estatais que atuassem com movimentos sociais para promover o acesso ao Judiciário, como aconteceu nos Estados Unidos a partir de 1965⁹. Movimentos sociais eram prejudicados pela ausência de acesso a serviços legais, uma vez que não tinham condições para uma adequada defesa de seus integrantes quando fosse o caso, e para ajuizar demandas pleiteando direitos. Apesar de serem integrados por indivíduos de baixa renda e muitas vezes lutarem pela efetivação de direitos previstos na Constituição de 1988, os movimentos sociais não tinham condições para acessar o Judiciário. Dessa forma, os direitos sociais, na ausência de meios para buscar sua efetivação no Judiciário, tornam-se meras declarações¹⁰.

Na experiência brasileira, na ausência de entes estatais responsáveis pela atuação com movimentos sociais, eles próprios constituíram advogados privados. Esses grupos de advogados foram denominados de “Assessoria Jurídica Popular” ou “Advocacia Popular” e desenvolveram um modelo de serviço legal próprio para demandas e dinâmicas de movimentos sociais. Em 1991, Campilongo fez uma distinção entre um modelo tradicional e um modelo inovador de serviço legal¹¹. O modelo inovador é justamente aquele que trabalha com movimentos sociais, que foi desenvolvido por essa advocacia privada que atuava com movimentos sociais mais organizados. No entanto, esses grupos de Advocacia Popular em geral atuavam apenas com movimentos sociais mais organizados, como sindicatos, e foram insuficientes para lidar com o universo total de movimentos sociais e da população necessitada. Por isso, movimentos sociais tendem a apoiar o fortalecimento da Defensoria Pública. O caso de São Paulo é bastante interessante porque a Defensoria Pública foi criada justamente após forte campanha de movimentos sociais¹².

É possível apontar que o grau e o modelo de acesso ao Judiciário tendem a ser objeto de polêmica e embates. Não é um consenso social que indivíduos e grupos de baixa renda tenham acesso ao Judiciário, ou que a Defensoria Pública possa exercer um modelo inovador de serviço



legal, com uma atuação em conflitos coletivos. Esse embate se manifestou na ADI 3.943 sobre a constitucionalidade da lei que possibilitou a Defensoria Pública ajuizar Ação Civil Pública. Nesse processo, houve uma manifestação, como *amicus curiae*, da Federação Brasileira de Bancos defendendo a restrição das atribuições da Defensoria Pública em Ação Civil Pública. Cabe então questionar: qual seria o interesse da Febraban em restringir a atuação da Defensoria?

Em suma, de modo geral, os movimentos sociais tendem a apoiar a Defensoria Pública e a expansão do acesso à Justiça. Na verdade, a expansão do acesso à Justiça ocorreu em boa parte em razão de lutas de movimentos sociais, enquanto outros grupos sociais se opõem e lutam pela restrição do acesso. Dessa forma, a força institucional da Defensoria Pública no sistema de Justiça depende em alguma medida da atuação de movimentos sociais.

Defensoria Pública

O que representa a Defensoria Pública para os problemas de acesso à Justiça para movimentos sociais? A Defensoria Pública é uma das principais novidades sobre acesso à Justiça no Brasil. Prevista na Constituição desde 1988, foi na década de 2000 que passou por um processo de expansão e fortalecimento. Houve, por exemplo, um aumento no número de profissionais. As Defensorias estaduais conquistaram a autonomia com Emenda Constitucional 45 de 2004 e a da União com a Emenda Constitucional 74 de 2013. Essa autonomia ampliou drasticamente as possibilidades de atuação da instituição, em especial contra o Poder Público ao qual estava muitas vezes subordinada.

Em especial, uma mudança institucional significativa ocorreu com a Lei Complementar 132 de 2009. Até então, a Defensoria Pública se limitava a uma atuação mais tradicional. Atuava apenas com indivíduos de baixa renda nos seus conflitos interindividuais, de forma reativa a demandas, e às vezes com uma postura vertical e paternalista na relação com os usuários. Esse modelo mais tradicional não deixa de ser relevante, uma vez que ainda não houve a universalização de atendimento jurídico para demandas mais comuns. No entanto, a partir de 2009 a Defensoria Pública incorporou aspectos de um modelo inovador de atuação com movimentos sociais¹³. Ou seja, é possível afirmar que atualmente ocorre na Defensoria uma combinação dos dois modelos: o tradicional e o inovador. A seguir são destacados alguns aspectos de uma possível atuação inovadora da Defensoria:

a) Atuação em conflitos coletivos

A Defensoria Pública pode atuar em conflitos coletivos próprios de movimentos sociais. Nesse sentido, é especialmente relevante a atribuição para ajuizar Ação Civil Pública a partir de 2007. O Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade dessa mudança legislativa na ADI 3.943. No voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia, frisou-se que não faz sentido que a Defensoria Pública possa atuar com indivíduos nos seus conflitos interindividuais, mas que não possa atuar com o mesmo indivíduo nos seus conflitos coletivos. Os conflitos individuais são muitas vezes expressão de um conflito coletivo, que pode ser objeto de um tratamento coletivo via Ação Civil Pública. Entre os benefícios, a atuação coletiva pode gerar até mesmo economia processual. Além disso, mesmo uma ação individual, em razão da sua representatividade ou



impacto, pode estar relacionada a interesses coletivos. Nessa linha, o fundamental é que a atuação judicial, mesmo em casos individuais, esteja vinculada a uma estratégia global de defesa de direitos humanos.

b) Relação com usuários

É relevante também o tipo de relação entre Defensoria e usuários. A Lei Complementar 132 de 2009 permite ações para fortalecer movimentos sociais, como os cursos de educação em direitos. É positivo que indivíduos se organizem e lutem por direitos de diversas formas, não só por meio do Judiciário. Os problemas de direitos humanos não dependem apenas de uma atuação judicial, mas também e sobretudo da atuação cotidiana de movimentos sociais, que a Defensoria pode buscar fortalecer. Este aspecto é uma diferença relevante em relação ao Ministério Público, sobre o qual já foi diagnosticado uma postura paternalista na relação com a sociedade, em prejuízo da autonomia de movimentos sociais¹⁴.

Além disso, um dos aspectos importantes de um modelo inovador é uma relação mais horizontal entre Defensores e usuários. Nesse sentido, os mecanismos de participação externa na Defensoria, com destaque para a Ouvidoria, têm um papel fundamental para nivelar a relação entre profissionais e usuários. A Ouvidoria fornece condições institucionais para que usuários possam acompanhar e participar das decisões da Defensoria¹⁵. Este é outro ponto relevante de diferença em relação ao Ministério Público, que muitas vezes goza da imagem de representante da sociedade, mas não adota mecanismos institucionais significativos para participação externa¹⁶.

c) Atuação extrajudicial

Além de estimular uma atuação autônoma de movimentos sociais, a própria Defensoria pode desenvolver formas de atuação extrajudicial. A atuação da Defensoria Pública não significa apenas ajuizar ações. É possível desenvolver outras atividades como mediação de conflitos, celebração de termos de ajustamento de conduta, participação em conselhos que discutem políticas públicas e assessoria jurídica em sentido amplo. Ou seja, é possível ter uma dimensão de acesso ao Judiciário e outra dimensão de acesso ao sistema de Justiça. De toda forma, a força para negociação e atuação extrajudicial da Defensoria Pública, especialmente em situações de desigualdade de poder entre as partes, parece decorrer da possibilidade de ajuizar uma ação. Mesmo nos casos em que o conflito não seja judicializado, a mera ameaça ou possibilidade de judicialização da demanda pode contribuir para nivelar a desigualdade entre as partes. Nos casos em que a demanda é judicializada, isso não significa se limitar apenas ao processo judicial ou ter uma relação postura passiva em relação ao Judiciário. É possível ajuizar uma ação e manter uma postura autônoma e reivindicante. Uma atuação exclusivamente judicial, em geral, limita as possibilidades de vitória no Judiciário. Em suma, as possibilidades de combinação entre atuação judicial e extrajudicial parecem ser diversas.

A recente expansão e fortalecimento da Defensoria Pública contribui para a legitimação social do Judiciário, considerando seus problemas históricos. Isso porque amplia as condições de acesso para quem não tem condições de contratar advogado particular. Dessa forma, o Judiciário deixa de ser visto como um espaço apenas para privilegiados, em que apenas



indivíduos e grupos com mais recursos podem pleitear direitos. Além disso, a Defensoria Pública contribui para que o Judiciário decida sobre conflitos coletivos relevantes, e não apenas os interindividuais.

Ao mesmo tempo em que contribui para a legitimidade o Judiciário, a questão atual é se a Defensoria Pública também contribui para que o Judiciário exerça um papel de maior implementação de direitos. Em outras palavras, a questão é se a Defensoria contribui para que o Judiciário atenda a direitos não só de grupos e indivíduos com mais recursos e poder, mas também de grupos vulneráveis e de baixa renda. Existe uma tensão na função desempenhada pela Defensoria no âmbito do sistema de Justiça, que pode oscilar entre a mera legitimação do Judiciário e a efetiva promoção de mudanças sociais. Nessa tensão, são as práticas de um modelo inovador de atuação que têm mais condições para promoção de transformação social envolvendo o Judiciário. Dessa forma, a Defensoria Pública ao atuar com movimentos sociais, adotando estratégias judiciais e extrajudiciais, aumenta as possibilidades de efetivar direitos. Embora no Brasil as possibilidades de transformação social por meio do Judiciário sejam limitadas, a Defensoria pode contribuir para que tenha um papel relevante em alguns casos.

Considerações finais

Este trabalho defendeu que a Defensoria Pública pode atuar com movimentos sociais. A maior parte dos indivíduos que integram movimentos sociais são de baixa renda e lutam por direitos previstos na Constituição, como os direitos sociais. Então, nada mais natural do que terem a possibilidade de ajuizar demandas para pleitear direitos. Dessa forma, os movimentos sociais, em especial os menos organizados e mais dispersos, podem incorporar uma dimensão judicial na sua luta por direitos. A judicialização de demandas, embora em geral menos efetiva do que a atuação política direta, não deixa de ser relevante para a luta de movimentos sociais em alguns casos. A atuação da Defensoria com movimentos sociais contribui para que o Judiciário exerça um papel mais democrático, de efetivação de direitos não só de indivíduos com recursos e grupos econômicos, mas também de grupos sociais de baixa renda e vulneráveis.

Referências

ABEL, Richard. Law without politics: legal aid under advanced capitalism. **UCLA Law Review**, Los Angeles, n. 32, p. 474-642, 1985.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, 1999.

_____. Ministério Público à brasileira. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, n. 59, 2012, p. 24-25.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito e Democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.



_____. Acesso à Justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços legais em São Bernardo do Campo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 315, p. 3-17, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARDOSO, Luciana Zaffalon. **Uma fenda na Justiça**: a Defensoria Pública e a construção de inovações democráticas. São Paulo: Hucitec, 2010.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e serviços legais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça**: a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989, p. 145-158.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, New York, n. 9, p. 95-160, 1974.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

LAURIS, Élida. Entre o social e o político: a luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 87, p. 121-142, 2009.

MOURA, Tatiana Whately; CUSTÓDIO, Rosier Batista; SÁ E SILVA, Fábio; CASTRO, André Luis Machado de. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Anadep/Ipea, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 8. ed. Porto: Afrontamento, 2002.

_____. **Sociologia jurídica crítica**. Bogotá: ILSA, 2009.

SANTOS, Caio Santiago. **Defensoria Pública e movimentos sociais**: novas possibilidades de acesso à Justiça no Brasil. Curitiba: Juruá, 2017.

¹ Este trabalho toma por base palestra proferida na Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia em janeiro de 2018. Agradeço à Professora Cláudia Albagli e ao Defensor Gil Braga pelos comentários e reflexões no evento, que foram utilizados para o desenvolvimento da presente versão. Agradeço também ao Defensor Rafael de Sá Menezes pelos comentários e sugestões a esta versão.

² Sobre a sociologia do Judiciário: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociologia jurídica crítica**. Bogotá: ILSA, 2009, p. 81-128; e SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

³ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

⁴ Toma-se por base a famosa obra: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.



⁵ Nesse sentido, GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, New York, n. 9, p. 95-160, 1974.

⁶ Para Boaventura de Sousa Santos, o pano de fundo sobre acesso à Justiça constitui-se pela tensão entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, na medida em que: “a igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma confrontação que em breve se transformou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. Porto: Afrontamento, 2002, p. 144.

⁷ Como se sabe, Cappelletti e Garth mencionam uma terceira onda de reformas, que não será objeto de consideração neste trabalho.

⁸ Nesse sentido: FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e serviços legais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989, p. 145-158; FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

⁹ Nos Estados Unidos, em 1965 foi criado o *Office of Economic Opportunities*, um programa de governo que prestava assistência jurídica gratuita.

¹⁰ Cappelletti e Garth afirmam: “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direito é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental [...] de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 11-12.

¹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Acesso à Justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços legais em São Bernardo do Campo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 315, p. 3-17, 1991. Este texto foi também publicado em CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹² LAURIS, Élide. Entre o social e o político: a luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 87, p. 121-142, 2009.

¹³ Em outro trabalho, analiso de forma mais detida em que medida a Defensoria Pública reproduz esse modelo inovador ou não, entre outras questões: SANTOS, Caio Santiago. **Defensoria Pública e movimentos sociais: novas possibilidades de acesso à Justiça no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2017.

¹⁴ ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, 1999, p. 98.

¹⁵ Sobre os mecanismos de participação externa na Defensoria Pública: CARDOSO, Luciana Zaffalon. **Uma fenda na Justiça: a Defensoria Pública e a construção de inovações democráticas**. São Paulo: Hucitec, 2010.

¹⁶ Nesse sentido: “o Ministério Público brasileiro se distingue de outros por combinar um amplo leque de funções na defesa de interesses coletivos da sociedade e altos graus de independência institucional e discricionariedade de ação na área cível. [...] O problema de fundo, se bem compreendido, ajuda-nos a entender por que o MP brasileiro é singular no quadro das democracias contemporâneas: trata-se de uma instituição capaz de representar a sociedade sem se deixar vincular diretamente a ela.” ARANTES, Rogério. Ministério Público à brasileira. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, n. 59, 2012, p. 25.



Fundamentos filosóficos dos direitos humanos e a concepção pós-positivista do ordenamento jurídico: a liberdade, a igualdade e a justiça

The philosophics foundations of human rights in the post-positivism perspective of law: the freedom, the equality, and the justice

Marcus Vinicius Ribeiro

Defensor Público do Estado de São Paulo

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP

mribeiro@defensoria.sp.def.br

<http://lattes.cnpq.br/4158539896379692>

Resumo

Este texto aborda alguns fundamentos filosóficos dos direitos humanos, em uma concepção pós-positivista do Direito. Neste contexto, após breves observações sobre os direitos humanos, desde seu conceito, classificação e evolução histórica, são classificadas e distinguidas as normas jurídicas como princípios ou regras, com a proporcionalidade como método de ponderação entre os princípios para solução de casos concretos. São identificados, como princípios estruturantes, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a justiça, sendo, esta última, o meio terno entre a liberdade e a igualdade.

Palavras-chave: direitos humanos, liberdade, igualdade, justiça, dignidade da pessoa humana.

Abstract

This paper tries to motivate the discussion and questions about the philosophical foundations of human rights in a post-positivist conception of law. In this context, after brief observations on human rights, from its concept, classification and historical evolution are classified and distinguished legal rules as principles and rules with proportionality as a method of weighing principles for the solution of concrete cases. The dignity of the human person, freedom, equality and justice are identified as structuring principles, the latter being the tender medium between freedom and equality.

Keywords: human rights, freedom, equality, justice, dignity of the person



Introdução

O Direito foi a forma encontrada pelo homem, no decorrer dos tempos, para a organização da vida em sociedade. O direito natural (*jusnaturalismo*) pode ser entendido como o direito que todas as pessoas possuem ao nascer, independentemente de previsão legal e de reconhecimento do Estado. Por outro lado, o direito positivo é o conjunto de normas jurídicas reconhecidas em determinado tempo e em determinado local. Estas normas jurídicas constituem o ordenamento jurídico, ou seja, o conjunto de princípios e regras jurídicas sistematicamente organizado. O direito positivo tem origem e fundamento no direito natural.

Os chamados direitos humanos constituem-se direito natural, vez que estão ligados a um aspecto filosófico e independem de previsão legal ou reconhecimento estatal. Quando esta gama de direitos passa a ser reconhecida pelo ordenamento jurídico formam os chamados direitos fundamentais. Assim como o direito positivo fundamenta-se no direito natural, os direitos fundamentais, normalmente de previsão constitucional, fundamentam-se nos direitos humanos.

O estudo dos fundamentos filosóficos dos direitos humanos, assim, é importante para a concepção pós-positivista de Direito, pois esta escola entende o ordenamento jurídico como um conjunto aberto de normas jurídicas e, para a solução, nos casos concretos, de conflitos entre princípios antagônicos, o peso e a valoração deles é necessária. Assim sendo, entender as questões gerais e fundamentais de cada instituto estudado é imprescindível e, fazer isto, é fazer filosofia.

A dignidade da pessoa humana é a ideia principal e informadora de toda organização jurídica. O Direito e o ordenamento jurídico só têm sentido se for para garanti-la, pois foram criados para garantir tal finalidade. Deste modo, o princípio da dignidade humana pode ser considerado o princípio mais importante do Direito. Dele decorrem os princípios da liberdade, da igualdade e da justiça. Os demais podem ser considerados variações, combinações ou derivações destes princípios estruturantes.

Este trabalho pretende contribuir para o estudo de fundamentos filosóficos dos princípios acima citados na ótica do pensamento pós-positivista. Optou-se por um estudo bibliográfico de literatura nacional e estrangeira. No primeiro capítulo serão trazidas breves considerações sobre os direitos humanos. Posteriormente será feita a classificação do ordenamento jurídico distinguindo os princípios e as regras. Enfim, antes de ser apresentada a síntese conclusiva, serão trazidos fundamentos filosóficos dos princípios da igualdade, da liberdade e da justiça.

Direitos Humanos

Direitos humanos é uma expressão vaga e difícil de ser definida. Mas, mais importante do que a definição, em si, é sua ideia, até porque os conceitos trazidos, geralmente, são tautológicos ou redundantes, tais como: "direitos humanos são os que cabem ao homem enquanto homem"; "são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer a todos os homens" etc. Desta forma, o que deve ficar claro é que o homem, enquanto ser humano, possui certos direitos



elementares que devem ser respeitados por todos e garantidos pelo Estado. Ninguém, nem mesmo o Estado - e principalmente ele, que existe para garantir o bem-estar dos indivíduos - pode violá-los. Todos os homens são titulares destes direitos inalienáveis (BOBBIO, 1992, p. 17).

CANOTILHO (1993, p. 517) identifica que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são frequentemente usadas como sinônimas. Mas, segundo sua origem e o respectivo significado, podem ser diferenciadas pelo fato dos direitos humanos serem direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (*dimensão jusnaturalista-universalista*), enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem, '*jurídico-institucionalmente*' garantidos e limitados '*espaço-temporalmente*'.

Desse modo, direitos humanos e direitos fundamentais se referem à mesma gama de direitos, mas a primeira expressão está ligada a um aspecto filosófico (e de direito natural), enquanto que a última à previsão constitucional deles.

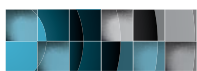
CASSIN (*apud* CAMPOS, 1991, p. 53) definiu a ciência dos direitos humanos como um ramo particular das ciências sociais, que tem por objetivo estudar as relações entre os homens em função da dignidade humana, determinando os direitos e faculdades necessárias para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

O reconhecimento dos direitos humanos não se deu através de doutrinas ou teorias, mas com conquistas sociais, que se afirmaram através de lutas e revoluções no decorrer dos tempos, promovidas por diversas gerações de oprimidos e excluídos e, a cada momento, foram sendo reivindicadas proteções mínimas de níveis de liberdade, igualdade, democracia e existência digna, como condição para a sobrevivência pacífica.

Parte da doutrina divide os direitos humanos em gerações (ou dimensões). Em um primeiro momento, surgiram os chamados *direitos humanos de primeira geração (ou dimensão)*, ligados à ideia das liberdades do indivíduo, ou seja, a possibilidade de viver sem interferência dos detentores do Poder estatal. O Estado tinha uma obrigação meramente negativa, ou seja, não poderia interferir na vida pessoal do indivíduo para impedir que ele fosse atingido em seus direitos mais elementares como o direito à vida, à propriedade, à intimidade, à vida privada, à igualdade, à liberdade de expressão, à dignidade, etc.

Posteriormente, foi percebido que não bastava evitar que o Estado ofendesse as liberdades do indivíduo, ele deveria agir para proporcionar níveis mínimos de subsistência digna, além de evitar que as pessoas ofendessem umas às outras. Surgiram, então, os chamados *direitos humanos de segunda geração (ou dimensão)*, que contemplam uma conduta positiva por parte do Estado. Assim, passou-se a exigir ação do Poder Público. São estes os chamados direitos sociais, protegidos por um Estado que se convencionou chamar de "Estado de Bem-estar" - (*Welfare State*).

Por seu turno, os *direitos humanos de terceira geração (ou dimensão)* contemplam a proteção dos chamados interesses difusos ou coletivos, ou seja, não visam a proteger isoladamente um indivíduo, mas uma coletividade de indivíduos postos na mesma situação jurídica. São direitos desta espécie: o direito de viver em um ambiente não poluído, respeito ao patrimônio histórico e cultural, garantias ao consumidor, etc. Esta necessidade de proteção



ocorreu porque a proteção isolada do indivíduo passou a não ser mais suficiente, vez que determinados feitos, ao mesmo tempo, ofendem grande quantidade de pessoas, determinável ou indeterminável.

Cogita-se em uma quarta modalidade de direitos humanos, que estaria ligada à ideia de manipulação do patrimônio genético do indivíduo, à Bioética e ao Biodireito, devido aos efeitos, cada vez mais traumáticos, da pesquisa biológica com produção de alimentos transgênicos, manipulação de embriões ou genes humanos que podem ser indevidamente usados. (BOBBIO, 1992, p. 6).

Em suma, de acordo com as necessidades de cada tempo, e em cada lugar, foram sendo identificados e reivindicados certos direitos básicos para os indivíduos, que deveriam ser respeitados e garantidos para todos. O surgimento posterior da necessidade de proteção de outro grupo de direitos não exclui os que já haviam sido identificados anteriormente, muito pelo contrário, são cumulativos e devem continuar sendo respeitados.

A ideia de que o homem nasce livre e igual em dignidade e direitos é básica para a proteção dos direitos humanos, mas a proteção efetiva somente se dará com a respectiva previsão legal. Uma coisa é o direito que se tem, outra é o que se gostaria de ter. Para saber qual o direito que se tem deve ser examinado o ordenamento jurídico (direito positivo), mas para saber o direito que se gostaria de ter, além de buscar razões para futuras consagrações, o direito natural é imprescindível.

É certo que a humanidade partilha de alguns valores comuns, que devem ser garantidos e prestigiados. Mas, outros, variam de lugar para lugar e de tempos em tempos. Com efeito, a liberdade, a igualdade e a dignidade do homem são ideais a se perseguir em qualquer local e em qualquer época. Outros, porém, mudam de culturas para culturas e de tempos em tempo.

O ordenamento jurídico

O ordenamento jurídico é um sistema de princípios e regras jurídicas metodologicamente organizado. BOBBIO (2001, p. 72-72) afirma que, do ponto de vista formal, “uma norma é uma proposição”; um código e uma Constituição “são um conjunto de proposições”, sendo que, por proposição, é considerado o “conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade”.

As normas jurídicas, que se dividem em princípios e regras, estão organizadas sistematicamente. Todos os institutos jurídicos e previsões normativas formam uma grande unidade concatenadamente organizada. (CANARIS, 1996, p.10).

A escolha feita pelo jurista do método a ser utilizado na aplicação da norma não é, entretanto, totalmente desprovida de valor. Ao interpretar uma norma jurídica ou ao escolher um método para o sistema, evidentemente, o jurista faz uso de pré-compreensões e da ideologia, mesmo que de forma inconsciente. Mas é evidente que, ao argumentar, o interprete terá de justificar, razoavelmente, sua escolha para dar legitimidade a ela.



Metodologicamente, o Direito deve ser visto como um sistema normativo aberto, que compreende princípios e regras, pois só completa no momento de sua aplicação ao caso concreto. (BOBBIO, 2001, p. 72/73).

ALEXY (2002, p. 553) afirma que a abertura no sistema jurídico é provocada pelos direitos fundamentais, mas adverte que não se trata de uma abertura no sentido da arbitrariedade de uma decisão, visto que a base do sistema apresentado pelas regras acarreta uma certa firmeza. Mas, na aplicação das normas ao caso concreto, com a argumentação, o jurista pondera os valores protegidos pelo direito para chegar a uma decisão justa, que são refletidos nos princípios.

Tendo em vista que as normas jurídicas podem ser divididas em princípios e regras, convém uma diferenciação entre ambas as modalidades. O termo "princípio" tem várias acepções: pode ser o início de algo ou os valores em que alguma coisa se funda. No direito, os princípios tanto devem ser os valores superiores em que o ordenamento jurídico se baseia, quanto o seu ponto de partida, ou seja: as regras devem se basear nos princípios, que são extraídos da repetição das ideias contidas nas próprias regras de todo o ordenamento. Forma-se, assim uma verdadeira microfísica.

SILVA (1992, p. 85) argumenta que princípios "são ordenações que irradiam e emanam os sistemas de normas". Por isso, constituem critérios objetivos no processo de interpretação e aplicação do direito, além de serem úteis no processo de suprimento das lacunas legais e obrigarem todo ordenamento positivo a segui-los. São normas jurídicas de um grau de generalidade relativamente alto, ao contrário das regras que são mais específicas. Eles expressam ideais a serem buscados pelo direito e a origem na qual a lei inspirou-se.

ALEXY (2002, p.86 e 101) destaca que os princípios estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, pois são "ordens de otimização". São sempre razões "*prima facie*" e não definitivas.

Os princípios formam-se quando a doutrina, ao estudar o sistema jurídico, identifica certos valores cuja proteção repete-se com certa frequência. O legislador, ao elaborar novas leis, utiliza os conceitos e estudos da doutrina (que os estudou e os identificou) e, assim, eles retornam à legislação, às vezes de forma expressa, em outras de modo implícito. A lei os incorpora e a jurisprudência utiliza eles como argumentos principais transformando-os, então, nos valores fundamentais do Direito, vez que são, ao mesmo tempo, fonte e o ideal a ser atingido pelo sistema jurídico.

Pode-se afirmar que, remotamente, todos os princípios decorrem de um valor fundamental, que é a dignidade da pessoa humana, porque, como já foi mencionado, o direito só existe em razão do homem e para que ele possa viver em paz na sociedade. Em consequência disso, surgem outros princípios básicos, como os da liberdade, igualdade e justiça (os demais podem ser considerados como decorrência destes).

Ressalta-se, contudo, que o modo de identificação e formação dos princípios jurídicos pode variar em cada caso, além de uns encontrarem-se estampados de forma expressa e outros apenas são extraídos de maneira implícita. Mas, tais fatores, não interferem em sua eficácia.



Na complexa subdivisão de princípios identificados ou identificáveis, percebe-se que, em certos casos, eles se relacionam apenas de maneira remota. Alguns chegam a ser contraditórios e somente com cessões mútuas chega-se ao verdadeiro objetivo do ordenamento jurídico, que é o da proteção do valor fundamental já referido: a dignidade da pessoa humana. Portanto, mesmo que os princípios não se formem, ou não se identifiquem, da mesma maneira, eles possuem, remotamente, a mesma origem e a mesma meta a ser atingida.

ROTENBURG (1999, p. 17) expõe que "os princípios são dotados de alto grau de abstração, o que não significa impossibilidade de determinação". Também são dotados de ampla carga valorativa e, por serem mais abstratos, aplicam-se a um número indeterminado de situações, ao contrário das regras que, mesmo possuindo uma certa carga de valor, não é tão intensa como nos princípios. Além disso, por serem mais específicas as hipóteses de aplicação, são mais facilmente identificáveis.

Deve-se advertir, porém, que apesar de princípios e valores estarem estreitamente relacionados, pois os primeiros transmitem os derradeiros ao ordenamento jurídico, eles não se confundem. Enquanto os princípios pertencem ao campo deontológico (o que deve ser), os valores estão no nível axiológico (não o que deve ser, mas o que é bom). (FLOREZ-VALDES, 1990, p, 141).

Nas regras, por sua vez, vale a lógica do "tudo ou nada", ou seja, ou elas são aplicáveis, ou não. Se forem contraditórias ocorrerá uma antinomia e uma delas será considerada inválida. Ao contrário, a convivência dos princípios é necessariamente conflituosa, ou seja, eles coexistem, mas deve-se examinar a importância e o peso de cada bem jurídico posto em jogo para determinar até onde cada um deles irá ceder, sem descaracterizar totalmente o outro.

Dessa forma, a proporcionalidade aparece como um método para solucionar aparentes conflitos entre princípios, sendo que neles não ocorrem antinomias. Alguns autores identificam a proporcionalidade como um princípio implícito no sistema jurídico. Todavia, isso implicaria em também aceitar sua relativização, sendo que inexistem princípios absolutos. Destarte, melhor considerá-la como método para aplicação do direito. Assim, sua aplicação não sofre restrições.

O princípio da dignidade da pessoa humana

KANT (2006, p. 58-59) já considerava o homem como um fim e si mesmo. Assim sendo, o direito e o Estado é que devem ser organizados em função do indivíduo e não o contrário. Isto porque o ser humano é dotado de racionalidade e "os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque sua natureza os distingue já como fins em si mesmo, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)".

Pois bem, a dignidade é uma "qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao



menos, assim deveriam) em meta permanente da humanidade e do Estado de Direito". (SARLET, 2001, p.27).

O princípio da dignidade da pessoa humana também é difícil de ser definido, sendo que o conteúdo de sua noção é vago e aberto, reclamando uma constante concretização. Embora todos tenham uma ideia implícita do que é considerado digno para uma pessoa, ainda assim, persiste a dificuldade de explicitar tal noção.

BARCELOS (2002, p.258 e ss.) desenvolveu uma teoria que compreende o estabelecimento do "consenso mínimo" do conteúdo de tal princípio. Com efeito, o "mínimo existencial" de tal princípio "compreende quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça".

O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana é que as pessoas tenham uma vida digna, embora esta concepção seja indeterminada, sob certo ponto de vista, variando em função de opiniões políticas, filosóficas ou religiosas, há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que este foi violado. (BARCELOS, 2002, p. 304).

A dignidade da pessoa humana deve ser considerada atingida sempre que o homem for rebaixado a condição de objeto, tratado como uma coisa, sendo desconsiderado como sujeito de direitos.

A respeito, interessante o julgado da Corte francesa em que o prefeito de uma cidade do interior da França impediu espetáculo de uma casa noturna em que um anão era arremessado sobre os espectadores. O anão, inconformado, pleiteou na Justiça seu suposto direito de continuar com o "show", sendo que concordava com aquela situação, pois era seu meio de subsistência e recebia remuneração para aquilo. O Tribunal administrativo negou o pedido do anão, sendo que a dignidade é irrenunciável e inalienável. (ROUSSEAU, 1988, p.66).

É fato que, onde não houver respeito pela vida, integridade física, moral do ser humano e onde condições mínimas para a subsistência não forem garantidas a dignidade da pessoa humana não estará sendo obedecida.

Em alguns países, como na França, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se implícito no ordenamento jurídico e garantido devido a uma construção jurisprudencial. Em outros, como no Brasil, é expresso, pois logo no artigo 1º, inciso III, a Constituição Federal consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a Constituição brasileira de 1988 determina que constituem fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. De todos, destaca-se, exatamente, o a dignidade da pessoa, sendo que os demais são decorrência deste entendimento.



A liberdade, a igualdade e a Justiça como princípios gerais do Direito

A antítese entre os direitos à liberdade e à igualdade

Liberdade significa a independência do ser humano, a autonomia do homem e a ausência de submissão. É o direito de agir conforme sua vontade, ao livre arbítrio e à possibilidade de escolha. A liberdade, em sentido amplo, pode ser desmembrada em várias “liberdades”, como por exemplo: a liberdade de locomoção; de pensamento; de voto; de consciência e de crença, de criação intelectual, artística, científica e comunicação; de informação; de informação e de associação. Mas a liberdade absoluta não existe, pois esta ideia utópica implicaria no anarquismo. O indivíduo, para viver em sociedade, deve respeitar as normas de conduta estabelecidas e, com isto, acaba tendo uma parcela de liberdade tolhida. Deste modo, a liberdade tem limite, que é a se submeter ao que tenha sido estabelecido no pacto social.

Em outras palavras, o limite da liberdade é o ordenamento jurídico, pois, em um Estado Democrático de Direito, pelo contrato social, as leis possuem a presunção de legitimidade e foram (ou pelo menos deveriam ser) criadas para proporcionar o bem-estar social. Nesta forma de Estado, assim, a liberdade é um fundamento da democracia. A regra é a liberdade; a restrição à liberdade é exceção. O indivíduo é livre desde que não atinja a liberdade alheia, visto que todos os direitos têm limites.

BOBBIO (1995, 39-45) descreve que a concepção de liberdade dos democratas é diferente da dos liberais. John Stuart Mil, com uma concepção de Estado liberal, entendia que os indivíduos (ou grupos de indivíduos) deveriam poder agir sem encontrar qualquer limite por parte do Poder Público. Por sua vez, Alexis de Tocqueville, acreditava que, acima de qualquer outro direito, deveriam estar as liberdades individuais, que os Estados democráticos tendem a relativizar em nome do interesse coletivo, como a liberdade de imprensa, de associação etc.

Desse modo, estes autores liberais defendiam que fosse privilegiada a liberdade em detrimento da igualdade. Criticavam a democracia por entender que um democrata tem uma paixão ardorosa pela igualdade (embora desejem a ‘igualdade na liberdade’ são capazes de suportar a ‘igualdade na escravidão’, aceitam a pobreza não a aristocracia). BOBBIO (1995, 39-45).

Por outro lado, Francesco de Sanctis, entendia que “onde existe desigualdade, a liberdade pode estar escrita nas leis, no estatuto, mas não é coisa real: não é livre o camponês que depende do proprietário, não é livre o empregado que permanece submetido ao patrão, não é livre o homem da gleba sujeito ao trabalho incessante dos campos”. (*apud* BOBBIO, 1995, 39-45)

Em suma, os liberais não só dão prioridade à liberdade, como se opõem à igualdade, porque são contra conceitos niveladores. Entendem que devem prevalecer os mais competentes. De outra parte, os democratas não se opõem totalmente à liberdade, mas afirmam que ela só pode existir em um sistema baseado na igualdade. (BOBBIO, 1995, 39-45)



Na verdade, conforme expôs BOBBIO (1995, 39-45) existe uma antítese entre a liberdade e a igualdade, no sentido em que não se pode realizar plenamente uma sem limitar fortemente a outra. A única forma de igualdade compatível com a liberdade da doutrina liberal é a igualdade na liberdade. Não se pode entender a liberdade como pretendem os liberais, pois as pessoas não são rigorosamente iguais e os mais poderosos limitariam a liberdade dos menos privilegiados. Neste caso, se não existir atuação do Estado limitando a liberdade de uns, para garantir a liberdade dos mais fracos, eles não serão, verdadeiramente, livres. O desafio, portanto, é estabelecer o limite até onde a liberdade e a igualdade irão ceder reciprocamente, prejudicando minimamente uma à outra.

A justiça

A palavra “justiça” possui diferentes significações e pode ter concepções totalmente opostas, pois está sujeita à convicção político-ideológica e às experiências de vida de cada um. Assim sendo, é impossível um consenso sobre ela, que terá sempre um conceito relativo. Vários estudiosos, no decorrer dos tempos, se debruçaram sobre o assunto para tentar se aproximar de um conceito de justiça.

Neste caminho, convém ressaltar que “justiça”, antes de mais nada, é uma virtude moral. Conforme afirma Jean DABIN (*apud* MORRIS, 2002, 497) “no sentido mais amplo, a justiça se funde com a própria moralidade; corresponde ao cumprimento de todos os deveres prescritos pela honestidade, sem distinção de domínio ou virtude, na vida privada do indivíduo ou da família e na vida social, pública ou política”.

Pois bem, na história do pensamento jurídico-filosófico foram formuladas várias teorias sobre a justiça. BOBBIO (2000, p. 116 e ss.) afirma que as respostas para a definição de justiça podem ser divididas em três grupos: a) justiça é ordem; b) justiça é igualdade e c) justiça é liberdade.

Neste passo, PLATÃO (2000, p. 55 e ss.) formula três teses sobre a justiça, a saber: a) “*é dar a cada um o que lhe é devido*”; b) “*é fazer o bem aos amigos e mal aos inimigos*” e c) “*o justo não é mais nem menos do que a vantagem do mais forte*”. Com efeito, o autor em certa passagem de sua obra, ao mencionar diálogos de Céfalo e Polemarco afirma que, se justiça é dar a cada um o que lhe é devido, então devemos fazer o bem para os amigos e mal para os inimigos. Porém, esta será uma justiça relativa, pois será a justiça de um, mas não será a de todos. Por fim, na fala de Trasímaco, surge a ideia que a justiça posta é feita pelo mais forte. Neste sentido, afirma:

cada governo promulga leis com vistas à vantagem própria: a democracia, leis democráticas; a tirania, leis tirânicas, e assim com as demais formas de governo. Uma vez promulgadas as leis, declaram ser justiça fazerem os governados o que é vantajoso para os outros e punem os que as violam, como transgressores da lei praticantes de ato injusto. PLATÃO (2000, p. 67).

Na verdade, justiça é boa medida. A noção do que é justo está em cada um, mas é difícil fazer uma definição por sentença. A justiça é um bem em si mesma.

Por seu turno, ARISTÓTELES (2002, p. 6-16) divide a justiça em três tipos, de acordo com as pessoas envolvidas. Neste passo, quando são particulares é chamada de comutativa.



Quando as pessoas em questão são uma coletividade e seus membros, é chamada de distributiva e, por fim, em relação ao que é devido pela comunidade a seus membros, é a justiça legal. Com efeito, para ele, “*justiça é a observância de um meio-termo*”. É uma virtude que o justo pratica deliberadamente. É um termo médio. Está no meio onde a injustiça está nos extremos. Afirma, ainda, que “*‘justo’ significa o que é lícito e o que é equânime ou imparcial, e ‘injusto’ significa o que é ilícito e o que é não equânime ou parcial*”.

Para Aristóteles, então, justiça é igualdade. O fim do direito é garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos (justiça comutativa) ou entre o Estado e os indivíduos (justiça distributiva). O direito é o remédio para as disparidades naturais e desigualdades sociais impondo uma medida para proporcionar um tratamento igual a todos os membros da comunidade. (BOBBIO, p. 2000, 117).

KANT, por sua vez, entende que justiça é agir com liberdade, respeitando a liberdade dos outros. Para ele, agir de maneira injusta significa interferir na liberdade dos outros. Neste sentido, afirma:

Toda ação é justa quando, em si mesma, ou na máxima da qual provém, é tal que a Liberdade da Vontade de cada um pode coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal.

Então, se minha ação ou minha condição pode coexistir, em geral, com a liberdade de todo mundo, de acordo com uma lei universal, qualquer um que me impeça de realizar essa ação, ou de manter essa condição, prejudica-me. Porque tal impedimento ou obstrução não pode coexistir com a Liberdade de acordo com a Leis universais

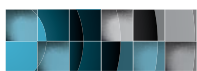
A Lei universal do Direito pode então ser expressa da seguinte maneira: ‘Aja externamente de tal maneira que o livre exercício de tua Vontade possa coexistir com a Liberdade de todos os outros, de acordo com uma Lei universal. (apud MORRIS, 2002, p. 240).

Em Fundamentação da Metafísica dos Costumes, KANT (2006, p.51) desenvolve que a autonomia da vontade é o princípio supremo da moralidade. Com efeito, para ele, as pessoas devem agir “*segundo a máxima tal que possa ao mesmo tempo querer ela se torne lei universal*” e em todas suas ações deve ser considerado como um fim em si mesmo.

RAWLS (2000, p.273) desenvolveu a teoria da justiça como liberdade de Kant, acrescentando aspectos da igualdade extraídos de Rousseau e afirmou que “*justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento*”. Para ele, os princípios de justiça são os seguintes:

1. Toda pessoa tem o mesmo direito a um esquema plenamente adequado de iguais liberdades básicas que seja compatível com a liberdades para todos.
2. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Em primeiro lugar, devem estar associadas a cargos e posições abertas a todos em igualdade de oportunidades; em segundo lugar, devem supor o maior benefício para os membros menos avantajados da sociedade.

O primeiro objetivo da justiça é a imparcialidade e através dela podemos chegar a uma melhor análise das exigências de liberdade e igualdade. RAWLS (1988, p.14-16) prioriza a liberdade em detrimento da igualdade. De qualquer forma, entende necessária uma igualdade de “bens sociais primários”, que incluem direitos, liberdades, oportunidades etc.



HOBBS (*apud* BOBBIO, 2000, p. 116), por seu turno, entende a justiça como ordem, pois o direito “é o meio que os homens, no decorrer da civilização, encontraram para garantir a segurança da vida”, cujo fim é a paz social.

Neste sentido, HOBBS (2007, p.111) afirma que “os homens têm de cumprir os pactos que celebrarem (...) A definição de injustiça é o não cumprimento de um pacto. Tudo que não é injusto, é justo”.

Mais adiante, esclarece:

para que as palavras justo e injusto possam ter sentido, é necessário alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos pactos, mediante o medo de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto. HOBBS (2007, p.111)

Enfim, para ele, ser justo é cumprir a lei. Pois bem, embora seja difícil conceituar justiça, cada um tem uma ideia, para si, do que seja justo.

O desafio é estabelecer uma máxima que seja válida para todas as pessoas. Tal tarefa parece ser uma utopia, mas ao tentar definir tal expressão, inúmeras são contribuições para o pensamento jurídico. É certo que o justo nem sempre coincide com o legal e que o resultado sempre circula pela noção de liberdade e/ou igualdade. Conforme as convicções ideológicas de cada um, a noção de justiça pode se aproximar mais da liberdade ou mais da igualdade.

Conclusão

Ao final deste estudo, ressalta-se que algumas conclusões parciais não serão retomadas. Outrossim, o leitor pode ter chegado a outras que aqui não foram expressas ou não estão implícitas. De qualquer forma, impõe-se algumas observações desta reflexão.

Neste caminho, os valores morais de cada lugar, e de cada tempo, são transformados em normas jurídicas. O Direito é o conjunto destas normas (princípios e regras) sistematicamente organizado que foi criado para organizar a vida em sociedade.

A corrente “*Jusnaturalista*” defende que o direito independente do que está escrito nas leis, é algo natural, que nasce com o indivíduo e tem como pressupostos os valores do ser humano, sempre em busca de um ideal de justiça. Por outro lado, para o “*Positivismo jurídico*” só existe o direito que está previsto nas leis, independentemente de critérios externos, como exemplo a moral, a ética e a política. Com uma posição intermediária, surgiu o “*Pós-positivismo*”, que não desconsidera o direito positivo, mas propõe a ascensão dos valores e o reconhecimento da normatividade dos princípios para a solução do caso concreto. Neste contexto, os princípios ganham força, vez que não são apenas fontes subsidiárias ou métodos de interpretação como eram para os positivistas.

Os princípios, na fase *jusnaturalista*, tinham um caráter meramente informativo e não eram aplicados na solução do caso concreto. No positivismo, além de só serem reconhecidos se previstos no próprio ordenamento jurídico, tinham um papel secundário. Na concepção pós-



positivista, os princípios ganham importância e passam a ter aplicação concreta. Assim sendo, a identificação e critérios para a aplicação deles são necessários.

A existência dos princípios é conflituosa e deve ser considerada a importância de cada bem jurídico envolvido e, pela proporcionalidade, chega-se a um equilíbrio, preservando o valor mais importante, em cada caso concreto, sem atingir o núcleo inviolável do outro, que deve ceder o mínimo possível.

Os valores superiores (e ponto de partida de todo ordenamento jurídico) são: a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade da pessoa humana. Dentre estes, a dignidade da pessoa humana ocupa posição principal, os demais podem ser considerados como decorrência disto. Existe uma antítese entre a liberdade e a igualdade. A justiça pode ser entendida como o meio termo, ou o ponto de equilíbrio, entre a igualdade e a liberdade.

A noção de justiça é relativa, pois pode variar para cada pessoa, conforme as respectivas convicções e ou experiências. Porém, com uma base racional e ética, e respeitando a dignidade do ser humano, ela funciona como justificativa de escolha na ponderação dos valores envolvidos em um conflito de princípios antagônicos. Embora variável e dificultosa sua explicitação, todas as pessoas possuem, mesmo que inconscientemente, uma noção do que é justo.

Enfim, na concepção pós-positivista, que admite uma certa abertura no ordenamento jurídico, a identificação dos princípios estruturantes do Direito, o critério de ponderação deles na a solução dos casos concretos e a justificativa da escolha são essenciais para a legitimação do sistema normativo. Neste contexto, partindo-se da dignidade da pessoa humana como fonte suprema e da liberdade e da igualdade como princípios antagônicos, a justiça é o ponto de equilíbrio entre eles.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANSIER-ANDIEU, Louis, *O Direito nas sociedades humanas*. Tradução Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco in “Os grandes Filósofos do Direito”*, org. Clarence Morris, 2002.

BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001

_____. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, Brasília: Mandarim, 2000.



CAMPOS, Germán J. Bidard. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6^a ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CARRÍO, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los Principios del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

HOBBS, Thomas, *Leviatã*, São Paulo: Martin Claret, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. *Primeiros princípios metafísicos da doutrina do Direito*, in “Os grandes Filósofos do Direito”, org. Clarence Morris, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1993.

MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do Direito, São Paulo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e os tratados internacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. *Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. In: *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos – Legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001.

PLATÃO, *A República*, Pará: UFPA, 2000.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.



- _____. e outros. *Liberdad, igualdad y derecho*, Barcelona: Ariel, 1988.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4ª e., São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e turismo in: Direito e Turismo* org. por Garcia, José Ailton e Martinez, Regina Célia. Saraiva: São Paulo, 2014.
- _____. *Direitos humanos e fundamentais*, 2ª. Edição, Russell: Campinas, 2009.
- _____. *Direitos humanos*, Montecristo: São Paulo, 2011.
- _____. *História do Direito*, Charlesrton-EUA: CreateSpace, 2011.
- ROTHENBOURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- ROUSSEAU, Dominique. *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine - Libertés et droits Fondamentaux*. Paris: Montchrestien, 1998.
- ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2ª. Ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª e., São Paulo: Malheiros, 1992.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In: Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos – Legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001.
- WEBER, Max. *Conceitos sociológicos fundamentais*. Lisboa: Edições 79, 1997.



**A diferença entre os termos: direitos fundamentais:
direitos – individuais e coletivos, deveres,
garantias; cláusulas pétreas; princípios fundamentais,
princípios constitucionais e direitos humanos.**

***The difference between the terms: fundamental rights: rights –
individual and collective, duties, guarantees; stone clauses;
fundamental principles, constitutional principles and human rights.***

Adriana Cecilio Marco Dos Santos¹

Mestranda em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
adriana@adrianacecilioadvocacia.com.br

Resumo

O presente estudo busca descrever as diferenças existentes entre as terminologias destacadas no título: direitos fundamentais – individuais e coletivos; deveres; garantias fundamentais; cláusulas pétreas; princípios fundamentais, princípios constitucionais e direitos humanos. Esses termos muitas vezes são utilizados de forma sinônima, contudo, existem distinções muito significativas no conteúdo de cada um deles. A proposta é apresentar os conceitos das expressões mencionadas, contextualizando-os, de maneira a conseguir apontar com clareza a dessemelhança entre eles. O texto não se compromete a exaurir o conteúdo dos vocábulos, mas sim, levar o leitor a refletir sobre a aplicação adequada de cada um deles considerando os traços que as particularizam.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos.

Abstract

The present study seeks to describe the differences between the terminologies highlighted in the title: fundamental rights - individual and collective; duties; fundamental guarantees; stone clauses; fundamental principles, constitutional principles and human rights. These terms are often used synonymously, however, there are very significant distinctions in the content of each of them. The proposal is to present the concepts of the mentioned expressions, contextualizing them, so as to be able to clearly point out the dissimilarity between them. The text does not undertake to exhaust the content of the words, but rather to lead the reader to reflect on the proper application of each of them considering the traits that particularize them.

Key-words: *Constitutional right. Fundamental rights. Human rights.*



Não é incomum petições iniciais, textos acadêmicos ou ainda mais comumente, manifestações informais em redes sociais advindas de pessoas afetas ao mundo jurídico, nas quais os termos técnicos referidos no título do texto são tomados como sinônimos. Ante essa realidade o presente artigo visa tentar lançar luz sobre as principais diferenças entre essas terminologias, de forma muito sucinta, longe da ambição de esgotar os temas.

Os direitos fundamentais estão elencados no Título II do Texto Constitucional do artigo 5º ao 17. Todos os direitos assentados ao longo desse capítulo se tratam de direitos fundamentais. Ao contrário do que muitas pessoas equivocadamente acreditam, não temos direitos fundamentais apenas no artigo 5º. Além desses artigos, a doutrina e a jurisprudência considera diversos outros dispositivos ao longo do texto constitucional, como direitos fundamentais, vide os artigos 205, 225, 226, dentre outros.

Direitos fundamentais são direitos positivados no texto constitucional, escolhidos pelo constituinte originário para receber um status diferenciado, possuindo um peso maior perante os demais direitos do ordenamento jurídico, visto que se prestam a tutelar preceitos que buscam diretamente concretizar a dignidade da pessoa humana, se perfazendo no núcleo axiológico do nosso Texto Maior.

Já **garantias fundamentais**, no dizer do Professor Paulo Bonavides, são: “um meio de defesa, se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir”². As garantias são os instrumentos através dos quais o cidadão podem assegurar seus direitos fundamentais.

Exemplos de garantias fundamentais são os Remédios Constitucionais: incisos LXVIII – habeas corpus, LXIX- mandado de segurança, LXX- mandado de segurança coletivo, LXXI- mandado de injunção, LXXII- habeas data, LXXIII- ação popular (todos do art. 5º) e a ACP prescrita no artigo 129, inc. III, que se trata de outro exemplo de direito fundamental que está disposto fora do Título II do texto constitucional.³

O artigo 5º está posto no texto da Carta Magna sob o Capítulo I, do Título II da Constituição, recebendo o nome de “Dos Direitos e Deveres Individuais E Coletivos”. Os constituintes originários, inicialmente, pensavam em criar dois capítulos: um só de direitos individuais e outro só de direitos coletivos, por fim, acabaram unificando os dois tipos de direitos em um só artigo e capítulo.

Quem menciona esse fato é o Professor José Afonso da Silva: “Houve propostas, na Constituinte, de abrir-se um capítulo próprio para os *direitos coletivos*.”⁴ O reflexo da decisão tardia de unir em só artigo as duas classes de direitos pode ser notado por um falha significativa, que explicaremos a seguir.

Os **direitos individuais**, elencados no Capítulo I do artigo 5º, são também conhecidos como direitos de primeira geração⁵. Se tratam de direitos que visam assegurar a autonomia do indivíduo perante a sociedade, são os que garantem a sua independência diante dos demais membros do grupo social. Exemplos de direitos individuais são: o direito constitucional à vida, à igualdade, à segurança, à propriedade, à privacidade, dentre tantos outros positivados no texto constitucional em diversos incisos do artigo 5º.



Os **direitos coletivos**, classificados pela doutrina como direitos de segunda geração, são afetos ao bem estar do cidadão reclamam uma postura, uma contrapartida por parte do Estado. São exemplos de direitos coletivos: direito de reunião e de associação (art. 5º, incisos XVI a XX), direito de entidades associativas representarem seus filiados (5º, XXI), direito de receber informações dos órgãos públicos de interesse coletivo (5º, XXXIII) e o direito de petição (5º, XXXIV), dentre outros que estão fora do artigo 5º, espalhados principalmente dos artigos 6º ao 11.

O capítulo fala ainda em “deveres”, onde encontramos os deveres no artigo 5º? Quando o constituinte originário se refere ao termo “**dever**”, está pontuando que todos tem o dever de respeitar os direitos fundamentais. O mandamento constitucional se direciona a todos, mas se aplica com mais ênfase ao Estado que deve tanto respeitar os direitos individuais não invadindo a esfera privado do cidadão, como fomentar os direitos coletivos atuando no que lhe couber para que eles sejam concretizados.

E as cláusulas pétreas? Serão todos os direitos fundamentais cláusulas pétreas? Muitos responderiam que sim, contudo, essa não é a verdade. **Cláusulas pétreas** são aquelas normas delimitadas pelo constituinte originário como sendo o cerne do texto constitucional, portanto, não podem ser abolidas, modificadas nem mesmo através de emenda constitucional. Direitos que estão fora do alcance do constituinte derivado.

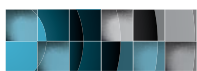
A Carta Magna estabelece, em seu artigo 60, §4º, quais são as chamadas cláusulas pétreas⁶: *I- Forma federativa de estado; II- Voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos poderes; IV- os direitos e garantias individuais.*

A forma federativa (inciso I) de estado se encontra prevista no artigo 1º e a separação dos poderes (inciso III) no artigo 2º, ambos do Título I que recebe o nome de “Dos Princípios Fundamentais”⁷. Portanto, fora do Título II. Veremos adiante que princípios fundamentais e direitos fundamentais são coisas distintas.

O voto direto, secreto, universal e periódico está posto no artigo 14, Capítulo IV da Constituição: “Dos Direitos políticos”, dentro do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Logo, sim, o inciso II do §4º, art. 60 da CF, se trata de um direito fundamental.

O inciso IV aponta como cláusula pétrea os “direitos e garantias individuais”, como vimos eles estão colocados no texto constitucional no artigo 5º, incluindo-se por tanto no rol de direitos fundamentais. Mas, resta uma pergunta. O constituinte fala apenas em direitos individuais no inciso IV do §4º. Seriam então passíveis de supressão os direitos coletivos? Essa questão é respondida com base no comentário feito supra acerca da falha do constituinte originário ao unificar em um só artigo os direitos individuais e coletivos.

Ao fazer essa escolha de unir os dois grupos de direitos em um único artigo o constituinte acabou por não inserir no artigo §4º do 60, inc. IV os direitos coletivos, mas estes por certo constituem o rol de cláusulas pétreas, não podendo ser alvo de projeto de emenda constitucional tendente a aboli-los.



Quem explica essa omissão e a necessária interpretação extensiva é o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho que reconhece como equivocada a interpretação literal que exclui os direitos sociais, coletivos. Vejamos:

A melhor interpretação é a que inclui entre os direitos protegidos pela “cláusula pétrea” também esses direitos sociais. Sim, porque, sendo as liberdades (como a de ir e vir) e os direitos sociais (como o direito à educação) direitos fundamentais, absurdo seria que as primeiras gozassem de proteção de não poderem ser abolidas, enquanto os segundos poderiam sê-lo. Certamente, a redação do art. 60 §4º, IV, da Constituição, o constituinte disse menos do que queria.⁸

Portanto, nem todas os direitos definidos nos incisos do §4º, inc. 60 da Constituição são direitos fundamentais, porque os incisos I e III não estão dispostos dentro do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição, mas sim princípios fundamentais.

Realizando-se apenas uma análise literal do que dispõe o artigo 60, §4º, inc. IV, nem todos os direitos fundamentais estariam abrigados como cláusulas pétreas, pois o que foi delimitado como núcleo intangível pelo constituinte originário foram os direitos e garantias individuais (e coletivos), que se encontram no Capítulo I, artigo 5º. Contudo, como já pontuamos, a doutrina e jurisprudência ampliaram a abrangência dos direitos classificados como direitos fundamentais para além do que está elencado no Título II da Carta Magna, e por um exercício de interpretação teleológica⁹ todos os direitos fundamentais, explícitos e implícitos, foram elevados a condição de cláusulas pétreas.

E os **princípios fundamentais**, o que seriam? Como já mencionamos o Título I da Constituição possui o nome de “Dos Princípios Fundamentais”, do artigo 1º ao 4º. Os princípios fundamentais representam as diretrizes de atuação da República Federativa do Brasil.

No artigo primeiro estão elencados os fundamentos do nosso país, os ideais sob os quais o nosso Estado Democrático de Direito se erige. No artigo segundo a separação dos poderes. No terceiro temos os objetivos fundamentais, o que o Estado Brasileiro busca como nação e no artigo quarto encontramos os princípios que regem as relações internacionais do país.

Portanto, os princípios fundamentais se ligam a noção de concepções que fundamentam, regem e direcionam a República Brasileira.

Já os chamados **princípios constitucionais**, presentes ao longo de quase todo o texto constitucional, são direitos de alta densidade que o cidadão possui, tais como: o princípio da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, da anterioridade, dentre muitos outros. Os princípios constitucionais se materializam a partir da interpretação dos direitos fundamentais.

E, por fim, o que seriam os **direitos humanos**? Todos os direitos fundamentais são direitos humanos? A resposta é, depende. Em relação a essa pergunta há diversas correntes interpretativas, portanto as respostas são bastante plurais. Essa é sem dúvida a parte mais complexa do texto.

Nos filiamos aos que entendem que direitos humanos são aqueles estabelecidos em documentos internacionais. São normas supraestatais que possuem um caráter universal, ou seja, que são aplicáveis a todas as pessoas independentemente do país em que estas vivam.



O Professor Ingo Sarlet explica que alguns autores classificam todos os direitos fundamentais como direitos humanos¹⁰, posto que o destinatário da norma é o humano. Contudo, entendemos que se os direitos humanos dimanam de uma norma internacional que precisa ser aplicável a todo ser humano em qualquer lugar do mundo, nem todos os direitos fundamentais positivados no texto constitucional brasileiro poderiam ser classificados como direito humano dada a ausência deste viés universalizante.

Ao nosso ver um exemplo, de vários que poderíamos citar, de direito fundamental que não poderia ser classificado como um direito humano seria o que dispõe o inciso XXXIV, do artigo 5º: “*são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*”. Tal direito fundamental pátrio poderia ser considerado universalizável? Algum instrumento internacional assegura esse direito como algo imanente a dignidade da pessoa humana? Esse preceito recebe o mesmo status na maioria das cartas políticas dos demais países? Acreditamos que não.

Diante desse contexto entendemos que nem todas os direitos contidos no Título II da Carta Magna brasileira podem ser equiparados a direitos humanos, ao menos no sentido que elegemos como base interpretativa do conceito de direitos humanos.

É também relevante explicar que para uma norma internacional ingressar e passar a vigor no ordenamento jurídico pátrio é preciso uma tramitação específica. Ou seja, nem todos os direitos humanos estão elencados no ordenamento pátrio, pois se o país não ratificar o instrumento o reconhecimento do direito não se dá de maneira automática.

A forma de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos está definida no texto constitucional no parágrafo 3º, do art. 5º da Constituição federal, que prevê a necessidade de um trâmite idêntico a aprovação de emendas constitucionais para que o tratado passe a fazer parte do nosso ordenamento jurídico com status de norma constitucional.

Até então, aprovado nos termos previstos no §3º do art. 5º da CF, tivemos apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do [Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008](#) que com isso passou a integrar o texto constitucional brasileiro.

Mas existem outras normas internacionais presentes no ordenamento jurídico brasileiro como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, a qual o Brasil aderiu em 1992. Portanto, anterior a Emenda 45/2004 que incluiu o §3º no artigo 5º do texto constitucional brasileiro.

Como esse importante tratado não havia ingressado com status de norma constitucional, em 2008 o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Pacto de San José da Costa Rica possuía status hierárquico de norma supralegal, ou seja, abaixo da constituição – posto que não fora aprovado conforme disposto no §3º da CF¹¹; mas acima das normas infraconstitucionais.



Ainda, vale destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que influencia todo o texto constitucional brasileiro, sendo possível identificar diversos incisos do artigo 5º que foram extraídos desse importante texto internacional.

Então visando esclarecer a pergunta: “direitos fundamentais e direitos humanos são a mesma coisa?” Entendemos que direitos fundamentais e direitos humanos não devem ser utilizados como expressões sinônimas. Alguns direitos humanos estão no nosso texto constitucional. Mas alguns direitos fundamentais que estão na nossa Carta Magna não se enquadram na definição de direitos humanos a qual nos filiamos.

Por fim, temos que: não só os direitos postos no artigo 5º são direitos fundamentais. Nem todas as cláusulas pétreas são direitos fundamentais. Todos os direitos fundamentais foram elevados a condição de cláusulas pétreas, mas por opção da doutrina e jurisprudência não do constituinte originário. Princípios fundamentais são os vetores axiológicos da República Brasileira. Princípios constitucionais exurgem da interpretação dos direitos fundamentais. Nem todos os direitos fundamentais são direitos humanos.

Cada um dos temas comporta uma longa e aprofundada pesquisa. De maneira que o presente artigo se presta unicamente a delinear de forma mui simples as diferenças entre essas definições. Não houve a intenção de esgotar o debate, mas sim, propor uma reflexão a respeito dessas necessárias distinções, a fim de que sejam corretamente mencionadas no dia-a-dia tanto na esfera acadêmica como profissional.

Bibliografia

AGUIAR JR., Ruy Rosado do. **Interpretação**. Disponível em: www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/INTERPRETAÇÃO.doc, visitado em 21 de setembro de 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Constitucional**. 16º. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005, pag. 526.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 215.

SARLET, Ingo Wolfgang. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentes-entre-direitos-humanos-fundamentais> visitado em 01 de junho de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 195.



¹ Advogada, Professora de Direito Constitucional, Especialista em Direito Constitucional Aplicado, Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional, da Associação dos Constitucionalistas da USP – Instituto Pimenta Bueno, da Rede Feminista de Juristas, da Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas, da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia.

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Constitucional. 16^o. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005, pag. 526.

³ Entendemos que as garantias fundamentais também se encaixam na modalidade de direitos na medida que o cidadão tem o direito de fazer uso desses expedientes.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32^a Ed. Malheiros: São Paulo, 2009, pag. 195.

⁵ A doutrina utiliza diversas nomenclaturas: primeira geração, primeira dimensão, dentre outras expressões.

⁶ Destacamos o ponto de vista do Professor Manoel Gonçalves que entende como um equívoco dizer-se que os incisos do §4^o do artigo 60 devam ser chamados de cláusulas pétreas, para o Mestre, o artigo 60 é a cláusula pétrea.

⁷ Da Constituição Federal.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 36^o Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 215.

⁹ Sobre a interpretação teleológica, Ruy Rosado de Aguiar Jr: “A interpretação teleológica supera a lógica formal e dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma, isto é, para o fim que a norma procura alcançar (Bettiol). A conclusão interpretativa deve estar afeiçoada à preservação desse valor bem jurídico, o que extrapassa o âmbito da lógica formal para introduzir no método jurídico um elemento material.”

¹⁰ <https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>

¹¹ É relevante pontuar que o parágrafo 3^o foi acrescentado ao texto constitucional por força da emenda 45 de 2004, ou seja, muito depois da integração do Pacto ao ordenamento jurídico nacional.



Violência do Estado e as dificuldades em sua reparação, no sistema interno de justiça, diante das súmulas obstrutivas dos Tribunais Superiores: reflexões sobre casos concretos

Violence of the State and difficulties in its reparation, in the internal system of justice, before the obstructive summons of the Superior Courts: reflections on concrete cases

Wagner Giron de la Torre

Defensor Público do Estado de São Paulo. Pós-graduado em Direitos Humanos e Acesso à Justiça pela FGV/SP
wtorre@defensoria.sp.def.br

Resumo

O Brasil se destaca, em sua fragilidade institucional atávica, no déficit do dever de proteção aos direitos humanos, ostentando altos índices de violência protagonizados por suas agências policiais. Partindo de casos concretos de violação aos direitos humanos por parte dessas agências, é que teceremos reflexões sobre os estreitos limites nas possibilidades institucionais de luta pela reparação dos danos daí decorrentes, e o esvaziamento desses direitos fundamentais, dentro do próprio sistema de justiça, diante de súmulas obstrutivas erigidas, em total descompasso com a realidade concreta do país, pelo STJ e STF. Conclusões.

Palavras chave: Direitos Humanos. Violência do Estado. Reparação. Impunidade estatal.

Abstract

Brazil stands out, in its atavistic institutional frailty, in the duty to protect human rights, boasting high rates of violence carried out by its police agencies. Based on concrete cases of violation of human rights by these agencies, we will reflect on the narrow limits on the institutional possibilities for redressing the damages and the drain of these fundamental rights within the justice system itself, obstruction erected, in total disagreement with the concrete reality of the country, by the STJ and STF. Conclusions and proposals.

Keywords: Human Rights. Violence of the State. Repair. State impunity.



Quanto mais a dominação da burguesia for ameaçada, mais estas correções se tornam comprometedoras e mais rapidamente o 'Estado jurídico' se transforma em uma sombra material, até que o agravamento extraordinário da luta de classes force a burguesia a rasgar inteiramente a máscara do Estado de direito e a revelar a essência do poder de Estado como violência organizada de uma classe social contra as outras.
Eugeny Pasukanis.

Análise concreta de uma realidade angustiante

Partiremos da análise de alguns casos concretos, de direta violação aos direitos humanos por agentes ligados à estrutura policial do Estado. Um dos mais emblemáticos, principalmente pela transversalidade dos direitos afrontados, teve como vítima uma mulher, Romilza Alessandra Albado, moradora de Cachoeira Paulista-SP.

Após romper o namoro com Ederly da Silva, policial militar, Romilza, por longo tempo, continuou sendo vítima das investidas e perseguições do ex-namorado que, sempre armado e com as vestes da corporação miliciana à qual estava atrelado, vivia a abordá-la em lugares públicos na cidade, ameaçando-a de mal sério, desferindo-lhe ofensas morais e físicas, enfim, reproduzindo o conhecido *modus operandi* que faz do Brasil campeão mundial de violência de gênero.

A vítima, por diversas vezes, registrou boletins de ocorrência sobre as agressões, vindicou, com veemência, instauração dos inquéritos policiais, indicou provas, subscreveu representação permissiva da persecução criminal, requerendo, inclusive, provimentos simples, previstos na Lei nº 11.340/06 (famosa e ignorada Lei “Maria da Penha”) como suspensão da posse do uso de arma pelo irascível algoz, capazes ao menos de obstruir a concretização dos malsãos intentos bradados pelo ex-consorte em praça pública. Tudo em vão. As instituições jungidas ao chamado “sistema de justiça” quedaram-se inertes. “Tinha de haver algo mais grave, mais consistente”, repetiam-lhe as autoridades.

No dia 12 de fevereiro de 2009, por volta das 22 horas, mais uma vez foi abordada pelo vesânico policial militar, em público, na saída de um bar, em meio a tantas pessoas, tantas testemunhas das incursões anteriores, e Ederly, à queima roupa, sem qualquer motivo que não se assemelhasse aos tantos e precedentes anúncios de morte tantas vezes desdenhados pelos órgãos estatais, disparou-lhe, de inopino, um tiro no tórax, com revólver calibre 38, fornecido pelo mesmo Estado que representava em suas incursões policiais.

Não contente, atirou, também, em dois outros transeuntes que estavam próximos, e consumou sua fúria homicida ao invadir a casa de sua ex-esposa, R. W. R., alvejando-lhe com um tiro no peito, causando sua morte, produzindo a maior tragédia já vivenciada na pacata Cachoeira Paulista e oferecendo o “algo de mais grave” esperado pelos órgãos persecutórios do Estado. Romilza não morreu por milagre. Recuperada, veio à Defensoria Pública Regional de Taubaté, em busca de patrocínio para uma ação indenizatória diante das omissões estatais, pois estava encontrando dificuldades em conseguir patrocínio na cidade de origem.



A demanda judicial foi construída na liça da necessária reparação pelas violações desveladas em face do Estado. Em primeira instância, em que pesem a consistente narrativa da vítima e as provas apresentadas, foi julgada improcedente, por ter entendido o magistrado que presidiu o processo, ser impossível responsabilizar o Estado, pois, no dia dos fatos, o agressor estava de *folga* (SÃO PAULO,2009). Transferida a discussão e avaliação das provas à segunda instância, a 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em aresto relatado pelo des. Franco Cocuzza, assim sintetizou a manutenção do conteúdo da decisão de improcedência:

(...)Frise-se, ainda, que existe jurisprudência no sentido que o Estado não pode ser responsabilizado por tudo o que ocorre no território, e, especificamente no presente caso, pois a polícia foi instada a prestar seus serviços e o fez dentro dos ditames legais, conforme constante dos autos, antes do desenvolvimento dos fatos que levaram o Sr. Ederly, ex- namorado da apelante a disparar a arma de fogo e a atingir com o projétil seu tórax”.

(...)E mais: compulsando os autos não se constata que restou comprovado o nexo de causalidade entre as ameaças e agressões da vítima e o final trágico que culminou com o disparo de arma de fogo que atingiu o tórax da apelante, pois, ainda, que houvesse sido deferida a medida que determinava o afastamento do agressor à vítima, o crime não poderia ter sido evitado. (SÃO PAULO,2012)

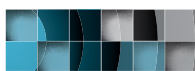
Relevante, desde já anotar, a importância dos fatos como fonte primordial dos direitos fundamentais violados e da possível solvência à pretensão de justa reparação por parte da vítima, dado que, em se tratando de violações a direitos fundamentais por parte dos agentes policiais do próprio Estado, a fonte do direito e da violação sempre se assenta em fatos (ou atos, em sentido lato), e não em outras causas como, exemplo, um abstrato contrato. Tentou-se acessar as chamadas instâncias superiores. No STJ – Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial, relatado pelo min. Mauro Campbell, à unanimidade, sequer foi conhecido (BRASIL,2016).

Como pretexto para o não enfrentamento do mérito da questão posta no processo, o STJ fez uso, através de seus ministros, basicamente do enunciado na súmula nº 7: ”pretensão a simples reexame de prova não enseja recurso especial” (BRASIL,2016).

No STF – Supremo Tribunal Federal, a pretensão não obteve melhor sorte. O recurso extraordinário foi defenestrado pelo relator, min. Alexandre de Moraes, que entendeu que a vítima “não demonstrou presença de repercussão geral no caso” e que a súmula 279/STF impediria a apreciação do recurso pela necessidade do reexame da prova (BRASIL, 2017).

No exercício da maior abstração possível, e diante do triste contexto de ser o Brasil um território distópico, em que o feminicídio e todos os vieses de violência contra a mulher crescem de forma alarmante, o que se teria de avaliar diante das provas incontroversas e, portanto, postas no feito como fatos dados, irrefutáveis, seria a seguinte tese: a ação de policial militar (ou qualquer outro agente armado do Estado) quando causar violação a direito, *mesmo em dia de folga*, pode carrear ao Estado (sentido lato) a responsabilidade pelos danos correlatos?

Em um país detentor de mais de 60 mil mortes violentas por ano (SALGADO,2018), esse enunciado não estaria permeado de imensa repercussão nacional? Mas tudo ignorado à mercê das mencionadas súmulas.



Fechadas as portas a essa busca no chamado “sistema interno de justiça”, o caso, através do NUDEM – Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, onde foi recebido pelo protocolo nº P-1828-17 em abril de 2018 (CIDH,2018), e onde, espera-se, tenha uma análise um pouco menos superficial do que a ofertada pelo Judiciário local.

A utilização, em escala industrial, dessas súmulas obstrutivas, além de outras argumentações subjetivas, para evitar o processamento e análise do mérito de recursos nas superiores instâncias, em casos envolvendo violências cometidas por agentes armados do Estado, é comum, como se constata em outra demanda, onde uma mulher sofreu tiros disparados por policial civil quando sentada defronte à calçada de sua residência. À semelhança da anterior narrativa, e a milhares de outros casos, a análise do mérito foi negada pelo STF, em aresto lavrado pelo min. Luiz Fux, justamente em função da “impossibilidade” de as superiores instâncias reavaliarem o acervo probatório (BRASIL, 2016). Nas instâncias ordinárias, também o Estado foi isentado de qualquer responsabilidade pelo fato de o policial autor dos disparos ter agido “à paisana, fora do horário de serviço” (SÃO PAULO, 2011).

Também emblemático é o caso de Daniele Toledo do Prado, presa em “flagrante” por 37 dias, durante os quais foi humilhada pela estrutura policial e judiciária, vilipendiada em sua honra pelo comportamento sensacionalista da imprensa, espancada até o estado de coma, pela leviana acusação, urdida pelas agências persecutórias, de ter cometido homicídio contra sua filha, então um bebê de um ano e três meses, utilizando-se, segundo acusação sustentada pela “inteligência” policial, de cocaína na mamadeira. Após a realização de exame toxicológico mais apurado, e depois de consumados todos os males e sequelas irremovíveis ao espírito e corpo da vítima, ficou comprovado que não se tratava de cocaína e sim de leite regurgitado, juntamente com remédios, pelo bebê (SÃO PAULO, 2009).

Este, que corporifica um dos mais graves exemplos recentes de erro judicial no País, motivou, a pedido da vítima, também a prossecução da devida indenização pelos danos morais em face de uma rede de televisão nacional que, sem ter dado chance mínima de oitiva prévia da vítima do evento lesante, difundiu as acusações policiais como se fossem verdadeiras, agudizando o quadro de massacre midiático em desfavor da vítima de violência do Estado.

Como sempre, nas instâncias estaduais, o pleito indenizatório foi julgado improcedente, tendo em vista o entendimento prevalente de que a rede de televisão não teve o ânimo de dolo em ofender, limitando-se a atuar, na transmissão da notícia falsa e unilateral, através do estranho *animus narrandi*. No STJ, o recurso especial foi sepultado ante a já mencionada súmula n. 7, em aresto da lavra de Antonio Carlos Ferreira. A conclusão desse julgado obstrutivo é lapidar:

(...) Para alterar os fundamentos acima transcritos e reconhecer que o comportamento da recorrida extrapolou em muito o *animus narrandi*, evidenciando displicência do meio de comunicação na confirmação dos fatos trazidos, seria imprescindível o reexame do conjunto fático - probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, haja vista o teor da Súmula n. 7/STJ (BRASIL, 2012).



No Supremo, em decisão do min. Marco Aurélio, também a súmula 279 foi mobilizada para obstruir o enfrentamento dos fatos postos no processo, além de outras como a súmula 282/STF, que exige a “necessidade de prequestionamento da questão nacional”, culminando o relator por ter registrado, ao fim de sua decisão obstrutiva, uma séria censura ao recurso que, segundo ele, seria um daqueles que “somente servem à sobrecarga da máquina judiciária, ocupando espaço que deveria ser utilizado na apreciação de outro processo” (BRASIL, 2012,b). Talvez, nessa última assertiva inserida na obstrutiva decisão, tenhamos um *insight* dos verdadeiros motivos do abissal distanciamento entre os anseios populares por justiça e as chamadas “instâncias superiores”. Reflitamos sobre isso.

A busca da “razão pura do direito”

A experiência cotidiana de quem atua na defesa da população depauperada nos ensina uma triste certeza, consistente na convicção de ser mais fácil nos tornarmos uma nação justa, menos desigual e solidária no campo político do que um dos chamados tribunais superiores apreciar, e prover, no mérito, um recurso especial ou extraordinário, cível, interposto por uma pessoa pobre, tal o grau de alienação das condições sociais que impregna a práxis desses tribunais.

A comprovação material disso encontra-se na utilização massiva dessas súmulas obstrutivas, que urdem um dogma absolutista, criando uma muralha intransponível entre a realidade concreta das massas populares, imersas, pelas condições desiguais de existência, no inferno estrutural da violência de Estado, e as excelsitudes que foram içadas, sem um controle social adequado, ao exercício jurisdicional nessas Cortes.

O ideário subjacente à construção de tais súmulas (em especial a n. 7 STJ e 279 STF) repousa na busca de uma espécie de “razão pura do direito”, totalmente apartada da experiência empírica das pessoas normais, imersa numa teologia kantiana onde o ideal da produção “objetiva” do direito como campo e rito conformador do espaço-tempo cognoscíveis por essas excelsitudes durante o iter procedimental – sempre interdito aos pobres – inerente a esses recursos “especiais”, é desenvolvida em um ciclo alimentado por extrema aversão aos fatos concretos da vida (HEINRICH, 2018, p 301).

Esse banimento da possibilidade de análise da realidade concreta expressa nas provas postas no processo, além de inconstitucional, posto que atentatório à possibilidade do acesso à jurisdição, garantia prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política do país, também afronta marcos legais que traduzem para a contemporaneidade o longo ciclo histórico imanente à fonte dos direitos, principalmente direitos fundamentais violentados por atos (ações concretas e não abstratas) protagonizados por agentes armados pelo próprio Estado (ou seus delegatários como concessionárias de empresas de telecomunicação em massa, etc), marcos esses como o artigo 43 do Código Civil (artigo 15 do Código Civil de 1916) ou artigo 186 do mesmo código (artigo 159 do ordenamento revogado) que exprimem a obviedade de que, algumas espécies de direitos nascem de fatos (atos, ações, omissões) e não podem ter suas fontes reduzidas ao campo estéril da “razão pura do direito”, como apologeticamente os integrantes dessas Cortes o querem (MEDINA, 2009, p. 155).



Ressuma inexorável que em demandas cíveis, de cunho indenizatório, em que as vítimas, na ampla maioria composta por pessoas pobres, vindicam um mínimo de reparação pelas ações violentas e cotidianas dos agentes armados do Estado, não há alternativa outra, em termos de resolução do mérito da questão proposta, do que a análise dos fatos/atos dos milicianos agentes face ao que nossa realidade, em clarividência solar, nos comunica todos os dias.

É que vivemos em um país que, além de ser campeão mundial em mortes violentas, mata uma mulher a cada 2 horas (SALGADO, 2018) e detém mais de 60 mil registros de estupros ao ano (MANSO et al, 2018), sendo irrefutável que mais de noventa e dois por cento dos homicídios não são elucidados pelos órgãos persecutórios estatais (DIAS, 2015), talvez pelo fato de 75% das vítimas serem pessoas negras, habitantes das periferias do país (MAPA,2016).

Um dos *insights* lançados pelo ministro do supremo, Marco Aurélio de Mello, em um dos casos concretos que serviu de mote a estas reflexões, ancorou-se no juízo predisposto pelos integrantes dessas cortes de “justiça” de que essa espécie de demanda só “serve para sobrecarregar a máquina judiciária” (BRASIL,2012 b). Talvez, nesse pensamento fundante de uma das decisões obstrutivas ao conhecimento pleno de um desses recursos paradigmáticos, tenhamos os motivos dessa escalada insuportável de impunidade que envolve o grave quadro de morticínio contra os moradores da periferia da sociedade competitiva.

Toda essa dura realidade deveria entrar na conta das possíveis ponderações enfeixadas no trágico rito processual de admissibilidade desses recursos quando os processos versarem sobre questionamentos simbólicos da violência de Estado. Os dados estatísticos que retratam esse pérfido cenário social, alguns deles já dardejados alhures, são irrefutáveis a denotar a imensa repercussão ou interesse geral ou nacional a legitimar o conhecimento amplo desses recursos extremos na órbita das nominadas “Cortes Superiores”, até porquê os fundamentos tecidos nas instâncias de origem para negar a responsabilidade estatal pelas violações aos direitos humanos perpetradas pelos agentes armados e militarizados que atuam no seio das comunidades vulnerabilizadas, ampararam-se em asserções *fáticas* do tipo “não há nexos causal porque o miliciano estava de folga” e outras subjetividades, cuja ampla porta para injustiças é assentada na aplicação corrente das súmulas obstrutivas.

Qual o papel do direito na pós-modernidade?

É antiga, em meio ao pensamento crítico, a conformação teórica de que todas as instituições e agências, formais ou não, de produção de cultura e ideologia, forjadas no sistema capitalista, não passam de epifenômenos, ou superestruturas, de uma base de reprodução material da vivência societária, sendo, portanto, essa base econômica a estrutura donde se irradia as demais instituições, dentre as quais o direito. (MARX, 2013, p 156, n. 33; NAVES,2015, p. 14; KONDER, 2014). Por isso, na escala dessas teorias críticas, o Estado seria um mero apêndice do modelo econômico, e só teria finalidade para conformar seu escopo de acumulação e concentração do capital (MARX, 2013; PASUKANIS,1989, p.113; MASCARO, 2013, p. 43) e não de atender o bem comum ou realizar a justiça (KONDER, 2014, p 85).



A análise do uso corrente, pelos tribunais de um modo geral, dessas súmulas obstrutivas na ação massiva de legitimação da interdição do iter de cognição dos recursos extremos, endereçados a essas instâncias do “sistema de justiça”, principalmente nos casos em que se discutem graves e atuais afrontas aos direitos humanos protagonizadas pelos milicianos agentes do Estado, tende, em muito, a afiançar a consistência das críticas teóricas expostas.

Engels e Kautsky bem resumem o longo caminho histórico que o capitalismo percorreu para se libertar das limitações sociais e políticas da ordem feudal e absolutista, das peias religiosas para a expansão e acumulação de capital morto (acumulação dos juros fictos) até poder, sob as promessas da era moderna alicerçadas em uma abstrata liberdade de atuação na sociedade, expandir-se e conquistar o mundo, erigindo uma nova ordem mundial, cujo axioma primordial centra-se na autonomia dos indivíduos para a prática de atos tendentes a fazer circular mercadorias e alcançar excedentes do mais-valor:

(...) A bandeira religiosa tremulou pela última vez na Inglaterra no século XVII, e menos de cinquenta anos mais tarde aparecia na França, sem disfarces, a nova concepção de mundo, fadada a se tornar clássica para a burguesia, a *concepção jurídica de mundo*. Tratava-se da secularização da visão teológica. O dogma e o direito divino *eram substituídos pelo direito humano*, e a Igreja pelo Estado. As relações econômicas e sociais, anteriormente representadas como criações do dogma e da Igreja, porque esta as sancionava, agora se representam *fundadas no direito* e criadas pelo Estado. Visto que o desenvolvimento pleno do intercâmbio de mercadorias em escala social (...) engendra complicadas relações contratuais recíprocas e exige regras universalmente válidas, que só poderiam ser estabelecidas pela comunidade - normas jurídicas estabelecidas pelo Estado -, imaginou-se que tais normas *não proviessem dos fatos* econômicos, mas dos decretos formais do Estado (ENGELS, KAUTSKY, 2015, p.18-19).

Sendo o conflito a base da sociedade que se industrializa sob o modo de produção capitalista (SOUZA, 215; MASCARO, 2016, p 125), não se pode, através de artifícios como súmulas que impedem a análise probatória, vedar a tribunais superiores a imersão nos fatos fundantes de severos episódios de aniquilação de direitos veiculados nessas ações indenizatórias, cujos atos lesantes se originam da distopia imanente a esse cenário conflitivo. A manutenção desses óbices sumulares equivale a romper-se com o ferramental predisposto nos horizontes do Estado de Direito (PASUKANIS, 1989, p. 126), e, o que é pior, abrindo uma janela para obstruções de recursos tão relevantes na elucidação dessas graves denúncias sociais, através de decisões nascidas do mero campo subjetivo do julgador.

A subjetividade e o esvaziamento do Estado de Direito

Ressoa irrefutável a partir da análise da realidade concreta da América Latina, muito em especial do cotidiano de violências predispostas pelas agências de controle social contra a população brasileira que, no ideário periférico dos núcleos decisórios que comandam o nosso capitalismo tardio, tanto as utopias democráticas como as promessas enfeixadas no estado de direito ostentam pouquíssimo valor, já que tais promessas civilizatórias são flagrantemente contra-hegemônicas, uma vez que proclamam assegurar limitações ao exercício do poder nuclear desse sistema. Como garantias de direitos, são sediadas em uma órbita bem distante dos



objetivos centrais do modelo de acúmulo e concentração de renda, posto que confinam e comprimem o núcleo decisório do Estado.

Em uma leitura teórica de todas essas vicissitudes, averba Alysson Leandro Mascaro que o fim primevo do Estado capitalista não é a concretização de um mal arrevesado e abstrato “bem comum”, mas a gestão das crises sistêmicas inerentes ao próprio capitalismo:

Fundado em exploração e contradição, o capitalismo é necessariamente estruturado em crise. (...)Nessa multiplicidade de distinções de amarras, o capital pode se sentir ameaçado por atos de legisladores, mas de modo geral está resguardado pela defesa intransigente, por parte dos poderes judiciários. (MASCARO, 2016, p. 83).

E, quando exposto à provas concretas, o “sistema de justiça” rasga o véu das promessas do estado de direito. Ancorado em súmulas obstrutivas como as aqui analisadas, abre uma janela bastante flexível e antirrepublicana que divisa para o campo movediço da subjetivação massiva das escolhas jurisdicionais, mobilizadas nesses inférteis horizontes das impossibilidades da apreciação dos recursos extremos, jungidos, em suas origens, à dramáticas violações a direitos fundamentais nesse caldo anômico de violências do Estado, forjando um abstrato pretexto acerca da impossibilidade – inventada sem âncora no real – de se reexaminar os fatos subjacentes ao processo e assim encaminhar o direito ao limbo.

Essa lógica de obstrução massiva dos recursos extremos, na área cível, em demandas sociais de vindicam alguma espécie de leniência diante dos abusos das agências repressivas estatais, se assenta, ainda, em um outro discurso, o atreito ao mito da infalibilidade das instâncias originárias do sistema de justiça. Porém, pesquisas levadas a cabo não só no âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, como, em especial, pela Fundação Getúlio Vargas, na seara criminal, demonstram, de maneira irrefutável, a importância no acesso às instâncias superiores do sistema tendo em vista o descomunal índice de revisões de condenações dos tribunais dos Estados por intermédio do provimento de habeas corpus ou recursos especiais e extraordinários no campo do processo penal. Tais pesquisas revelam índices de revisões de condenações criminais impostas nos tribunais dos Estados que atingem o marco de 66,4% na concessão dos habeas corpus no STJ e 43,2% pelo STF, indicando a incomensurável propensão ao erro de todo o sistema de justiça (SÃO PAULO, 2018).

Porém, nesse processo de esvaziamento de direitos, abre-se uma ampla subjetividade, já que a decisão sobre o uso ou não dessas súmulas que retroalimentam o ciclo estéril da busca da “razão pura do direito” fica na dependência da vontade do relator desses recursos. Não se conhece registro histórico de que uma dessas decisões denegatórias de cognição dos chamados recursos extremos tenha sido revista pelas instâncias superiores. Via de regra são intangíveis.

Com relação aos pobres, solapados pela violência do Estado, tal barreira procedimental se afigura intransponível. Porém, em decisões também recentes, o obstáculo afeto à impossibilidade palmar da análise dos fatos não foi empeco para que, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, afastasse condenação por danos morais que deveriam ser pagos por operadora de plano de saúde privado (BRASIL, 2018) ou outra, favorável à apreciação, no mérito, de recurso especial manejado pela Monsanto SA em demanda onde se discute fatos ligados a impactos socioambientais significativos (BRASIL, 2018, b), ou, ainda, e também



recentemente, em regime de recursos repetitivos, e, portanto, com efeitos vinculantes, decisão que na mesma corte da “cidadania”, fazendo eco a discursos de “austeridade fiscal” construídos dentro do dogma liberal-selvagem do “Estado mínimo”, urdiu condicionantes aos usuários do SUS (ampla maioria composta, sabemos, de pessoas pobres) para acesso à distribuição de medicamentos no julgamento do REsp 1.657.156-RJ (BRASIL,2018,c), obrigando, doravante, os pacientes a comprovarem, através de “laudo médico devidamente fundamentado e circunstanciado”, que os medicamentos receitados são eficazes e, mais, que os constantes de listas como RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais não servem ao tratamento, como se fosse fácil (sempre diante da realidade concreta do povo brasileiro) que os pacientes da rede pública de saúde tenham contato célere a consultas médicas e sejam atendidos, com mínima atenção, pelos médicos que operam no sistema, a ponto de acessarem o tal “laudo médico fundamentado e circunstanciado”.

Como, no Brasil, em média, demora-se cerca de oito meses a um ano para que um cidadão comum, integrante da vasta massa em franco processo de pauperização aguda, consiga, em consultas na rede pública, ter algum contato com um médico, calha antecipar que essas novas condicionantes *fáticas*, criadas pelas instâncias superiores dentro da lógica da construção da “razão pura do direito”, isto é, em um maquinário de decisões jurídico-políticas totalmente dissociado da realidade social, consistirá em uma imensurável exclusão de milhões de pessoas ao direito básico de tutela a sua saúde, já que, na dura existência material, essas pessoas jamais conseguirão, em tempo razoável, obter os laudos médicos, fundamentados e circunstanciados (ou seja lá o que isso signifique), exigidos pela normatização urdida dentro do sistema.

Ou seja, no campo das subjetividades, para proteger o Estado de constrangimentos que envolvam os anseios reparatórios das vítimas pauperizadas nesse contexto de violências estruturais, a avaliação dos fatos/provas, para se delimitar a extensão da responsabilidade estatal, é massivamente interdita. Todavia, quando a apreciação do mérito recursal, seja em que regime for, converge para o núcleo decisório do sistema estrutural do Estado, essas súmulas não são sequer cogitadas.

Essas subjetividades são inconstitucionais, para não se falar em injustas, e são mobilizadas em um ambiente de difícil aferição de legalidade, ante a natureza diáfana pela qual é operada no interior do “sistema de justiça”.

Por tais motivos que, refletindo sobre esses instrumentos jurídico-normativos consolidados na pós-modernidade em função da defecção do Estado Social e Democrático de Direito, estrangulado, dia-a-dia, pelas forças insuperáveis da sociedade de consumo, que Zygmunt Bauman adverte, em relação aos destinos ofertados aos pobres que:

(...)Além disso, os pobres de hoje (aqueles consumidores irremediavelmente falhos, imunes às adulações do mercado e improváveis contribuintes para a procura ávida de estoques, por mais tentadores que esses estoques possam ser) são evidentemente inúteis para os mercados orientados para o consumidor e, cada vez mais, também para governos de estado, que agem mais e mais como beaguins e xerifes locais em nome do comércio e das finanças extraterritoriais. Os pobres de hoje não são mais as ‘pessoas exploradas’ que produzem o produto excedente a ser, posteriormente, transformado em capital; nem são eles o ‘exército de reserva da mão-de-obra’, que se espera seja reintegrado naquele processo de produção de capital,



na próxima melhoria econômica. Economicamente falando (e hoje também governos politicamente eleitos falam na linguagem da economia) eles são verdadeiramente redundantes, inúteis, disponíveis e não existe nenhuma ‘razão racional’ para a sua presença contínua....A única resposta racional a essa presença é o esforço sistemático para excluí-lo da sociedade ‘normal’ – ou seja, a sociedade que se reproduz por meio do jogo da oferta ao consumidor e escolha do consumidor, mediado pela atração e sedução.

Quase fisicamente liquidados (a pressão por tal ‘solução’ manifesta-se mais patentemente nos lemas populistas que exigem a deportação de estrangeiros, esse ‘sorvedouro dos nossos recursos’, e o fechamento das fronteiras aos migrantes, definidos a priori como parasitas e aproveitadores, não produtores de riqueza), eles precisam ser isolados, neutralizados e destituídos do poder (...).Esses resultados são buscados mediante a estratégia bifurcada da incriminação da pobreza e da brutalização dos pobres.

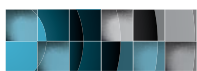
A incriminação parece estar emergindo como o principal substituto da sociedade de consumo para o rápido desaparecimento dos dispositivos do estado de bem-estar. O estado de bem-estar, essa resposta ao problema da pobreza numa época em que os pobres eram o ‘exército de reserva da mão-de-obra’ e se esperava que fossem preparados para voltar ao processo produtivo, não é mais, sob essas circunstâncias alteradas, ‘economicamente justificável’ e é, cada vez mais, encarado como um ‘luxo a que não nos podemos dar’. O ‘problema’ dos pobres é remodelado como a questão da lei e da ordem, e os fundos sociais outrora destinados à recuperação de pessoas temporariamente desempregadas (em termos econômicos, a acomodação da mão-de-obra) são despejados na construção e modernização tecnológica das prisões e outros equipamentos punitivos e de vigilância. (1997, p.p. 77/78).

Conclusões

Immanuel Wallerstein, em artigo seminal sobre o legado da Revolução Mundial de 1968, nos conta que até o advento da Revolução Francesa, o termo *revolução* não continha a ideia da possibilidade da transformação social que, após os movimentos de massa eclodidos na França em 1789, passaria a ter. Antes dessa primeira herança política da Revolução Francesa – de que é possível, sim, transformar-se a realidade social através de ações revolucionárias – a palavra revolução era presa à antiga ideia medieval-teológica do estéril movimento circular, que sempre retorna ao ponto inicial, não alterando nada. (WALLERSTEIN, 2009, p 94). Essa ideia antiga sobre o conceito de revolução, se assemelha em muito com a atuação da cúpula do denominado “sistema de justiça” no tocante as demandas judiciais originárias das graves e crescentes violações a direitos humanos motivadas pela violência do Estado.

Esses anseios, que na origem são estimulados pela ignição de sólida vindicação de justiça e limitação, mínima, das ações violentas por parte dos setores armados do Estado contra as populações periféricas e minorias, são retidos e anulados pelo subjetivismo imanente à aplicação massificada das súmulas obstrutivas, aqui analisadas, e lançados, pela disfunção do “sistema de justiça”, de volta ao ponto inicial da impunidade absoluta. Em outras palavras, a luta histórica pela efetivação e proteção dos direitos humanos no Brasil não encontra avanço dentro das veredas institucionais.

Um dos casos emblemáticos a atestar a veracidade dessa asserção, diz respeito ao brutal assassinato da Vereadora do PSOL, Marielle Franco e do motorista da Câmara Municipal do



Rio de Janeiro, Anderson Gomes, ocorrido em 14.03.2018, na segunda maior cidade do país. Mortos, com certeza, por agentes armados pelo Estado, com mais de nove tiros cada qual, e passados mais de sete meses do evento lesante, o sistema de justiça não foi capaz, sequer, de indicar os responsáveis.

Vimos, linhas atrás, pesquisas consistentes que demonstram a imensa propensão do Judiciário ao erro, em face do gritante índice de reformas, através de provimentos de *habeas corpus*, de decisões produzidas nas instâncias judiciais dos Estados, cujos tribunais são notoriamente conhecidos por desrespeitar as súmulas emitidas pelas Cortes Superiores (MARTINES, 2018). Os componentes de todo o sistema judiciário, em especial os integrantes das Cortes Superiores, têm que se conscientizarem, já que vicejam alheios a esse fator por demais crucial na busca da solvência, mínima, destas graves questões, que o Brasil é internacionalmente conhecido como um verdadeiro monumento à injustiça social (HOBSBAWN, 1995, p. 397), já que o Judiciário prima, historicamente, por ignorar as interpretações emprestadas à carta internacional de direitos humanos pela Corte Interamericana (RAMOS, 2016, p. 350) e descumpre o conteúdo de todos os tratados e convenções internacionais sobre o tema, fator a contribuir com a enorme fragilização e descrédito dos mecanismos internos de proteção aos direitos humanos, como provam as soluções finais (ou total ausência delas) dadas aos casos concretos, aqui analisados.

Todo o sistema de justiça precisa ser revisto. Seus integrantes necessitam ser capacitados para a concreta promoção dos direitos humanos, escopo primacial que legitima a própria existência desse sistema, mas completamente ignorado por seus operadores no cotidiano. Pesquisa acadêmica recente evidencia, na esteira das reflexões sobre as motivações do sempiterno barramento dessas pretensões civilizatórias de responsabilização judicial do Estado pelo contexto de violência agudizada no país, que todo o "sistema de justiça" é subordinado à hipertrofia do Executivo na troca por contemplações corporativas que aniquilam essa busca por justiça e transformação social (CARDOSO, 2018).

A relutância dos operadores da administração da justiça, em tratar desigualmente esses casos significativos eclodidos do árido contexto que faz do Brasil um dos países mais violentos do orbe terrestre, não separando tais casos da vala comum dos processos sepultados pela sistêmica utilização das súmulas obstrutivas, só tende a naturalizar a impunidade perante o massacre sofrido pelas comunidades periféricas e minorias, revolvendo o lodo que alimenta a trágica ascensão do fascismo como força política no país.



Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar na pós-modernidade**. RJ. Zahar. 1997.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.299.106-SP, j. em 2012.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 881.770-SP, j. em 2012,b.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 983.632-SP, j. 26.4.2016.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AG.REG.RE 931.538-SP, 2016.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REsp nº 997.520-SP, j. 07.6.2017
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.331.278-SP, 2018.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Ag.REsp 1.204.797-SP, 2018, b.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.657.156-RJ, recursos repetitivos, abril de 2018, c.
- CANDAUI, Vera Maria Ferrão. **Educação em direitos humanos**. SP. Quartier Latin. 2009
- CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional**. Tese de doutoramento acessível<
[file:///C:/Users/wtorre/Downloads/2017.03_Tese_LucianaZaffalon_DepositoFinal%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/wtorre/Downloads/2017.03_Tese_LucianaZaffalon_DepositoFinal%20(1).pdf)> acessado em 05.10.2018.
- CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso Romilza Alessandra Albado vs Brasil, protocolo P-1828-17, abril de 2018.
- DIAS, Marina. **O problema do menor é o maior**. Jornal Le Monde Diplomatique Brasil. Ano 8, nº 96, julho de 2015
- ENGELS, Friedrich. **O socialismo jurídico**. SP. Boitempo. 2015.
- HEINRICH, Michael. **Karl Marx, e o nascimento da sociedade moderna**. SP. Boitempo. 2018
- HOBSBAWM, Eric J. **Era dos Extremos**, São Paulo: Cia das Letras, SP 1995.
- KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. SP. Boitempo. 2015.
- KONDER, Leandro. **Em torno de Marx**. SP. Boitempo, 2014
- MACHADO, Marta. **A Irrelevância do direito**. J. Le Monde Diplomatique Brasil. Ano 10, nº 111, out/2016 .
- MANSO, Bruno Paes. **Violência subjetividade e projetos de vida no Brasil**. Jornal Le Monde Diplomatique Brasil. Setembro de 2018.
- MAPA, Violência no Brasil em 2016: **Homicídios por arma de fogo no Brasil**. Flacso, Brasil, 2016.



MARTINES, Fernando. **Presidente do STJ repreende TJ-SP por ignorar súmulas e não conceder HC**. Site Conjur, 18.09.2018.

MASCARO, Alysso Leandro. **O Estado e forma política**. SP. Boitempo. 2016.

MARINI, Ruy Mauro. **A Dialética da dependência**. RJ. Vozes. 2000.

MARX, Karl. **O Capital. Livro I**. SP. Boitempo, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral**. SP. RT. 2009.

MUSTO, Marcello. **O velho Marx, uma biografia de seus últimos anos**. SP. Boitempo, 2018.

NAVES, Márcio Brilharinho. **O socialismo jurídico, prefácio**. SP. Boitempo, 2015

OURIQUES, Nildo. **O colapso do figurino francês: crítica às ciências sociais no Brasil**. RJ. Insular. 2017.

OXFAM https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/13/economia/1484311487_191821.html, acessado em 29.1.2018.

PASUKANIS, E.B. “**A teoria do direito e o marxismo**”. RJ, Renovar, 126, 1989.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. RJ: Ed. Intrínseca, 2013

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional 6ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2016.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de SP. 1ª Vara Cível da comarca de Cachoeira Paulista. Proc. nº 0002318-29.2009.8.26.0102, 2009.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de SP. Vara da Fazenda Pública da comarca de Taubaté. Proc. nº 0013476-64.2009.8.26.0625, ano 2009.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de SP. Proc. nº 0006040-54.2009.8.26.0625. Vara da Fazenda Pública da comarca de Taubaté, 2011.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de SP. 5ª C. de Direito Público. Apelação cível nº 0002318-29.2009.8.26.0102, j. 22.03.2012.

SÃO PAULO, Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Portal. **Manifestação da Defensoria Pública de SP ao STF aponta dados de impacto da prisão automática em segunda instância na população carcerária**. Acessível a; www.defensoria.sp.def.br, abril de 2018.

SCHNORR, Gisele Moura. **Pedagogia do Oprimido. Artigo inserido na coletânea “Paulo Freire, vida e obra**. Ana Inês de Souza org. SP, Expressão Popular. 2015.

SALGADO, Daniel. **Atlas da violência 2018: Brasil tem taxa de homicídio 30 vezes maior que a Europa**”. Jornal o Globo, 06.06.2018.

SOUZA, Ana Inês. **Educação e atualidade brasileira: a emersão do povo na história. Artigo inserido na coletânea “Paulo Freire, vida e obra**. Ana Inês de Souza org. SP, Expressão Popular. 2015.



SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à lava jato**. RJ. Leya. 2017.

STABILE, Arthur. **Policiais estupram meninas durante intervenção militar no Rio, aponta relatório**. Informativo Site Ponte Jornalismo, acessível em: [/www.diariodocentrodomundo.com.br/policiais-estupraram-meninas-durante-intervencao-militar-no-rio-aponta-relatorio-por-arthur-stabile/](http://www.diariodocentrodomundo.com.br/policiais-estupraram-meninas-durante-intervencao-militar-no-rio-aponta-relatorio-por-arthur-stabile/) > acessado em 03.10.2018.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O duradouro legado da revolução mundial de 1968**. Revista Margem Esquerda, n. 13. SP. Boitempo, p. 92, 2009.



Os princípios e a Constituição Federal como marcos reguladores de política criminal

The principles and the Federal Constitution as markers of criminal policy

Fernanda Costa Teixeira

Defensora Pública do Estado de São Paulo
fteixeira@defensoria.sp.def.br

Thiago de Oliveira Demiciano

Advogado
thiagodemiciano@terra.com.br

RESUMO

No Brasil estamos passando por um período de instabilidade política e econômica, relacionado diretamente com a aplicação das normas pelo judiciário. Percebemos, então, que os três poderes não estão conseguindo manter, no que se refere à política criminal, uma relação coerente. A situação deve ser solucionada pelo respeito à interdisciplinariedade. Crime não se resolve apenas com leis criminais. É preciso ter uma visão ampla. Em primeiro lugar o cumprimento de princípios constitucionais, com as prestações positivas, é um ponto de partida. O direito penal tem que ser visto como o último instrumento. Só assim será possível reduzir um encarceramento e punir de modo mais eficiente e inteligente.

Palavras chaves: política criminal, prestações positivas, intervenção mínima.

ABSTRACT

In Brazil we are experiencing a period of political and economic instability, directly related to the application of the rules by the judiciary. It is possible to realize that the three branches of government are not able to maintain, as far as criminal policy is concerned, a coherent relationship. The situation must be resolved by respect for interdisciplinary. Crime is not only solved by criminal law. It is necessary to have a broad view. Firstly, the fulfilment of constitutional principles, with positive benefits, is a starting point. Criminal law must be the last instrument. Only then will it be possible to reduce imprisonment and punish more efficiently and intelligently.

Key words: *criminal policy, positive benefits, minimal intervention.*



O Estado mantém uma luta constante contra a prática de infrações penais. Para combater tal situação é necessária uma política criminal. Ou seja, é necessária a sistematização de táticas, regras e princípios voltados a repressão criminal. Não se resume a questões penais.

Paulo Queiroz conceitua muito bem a política criminal:

Já a política criminal, como parte da política, constitui a sistematização das estratégias, táticas e meios de controle social da criminalidade, penais e não penais; diz respeito, enfim, à gestão política dos conflitos humanos por parte do Estado; gestão que não compete só ao legislador e autoridades administrativas, mas a todos aqueles que de algum modo lidam com o direito penal, especialmente juízes, membros do Ministério público, polícias, etc. (Queiroz, Paulo. Curso de Direito Penal, V. 1 Parte Geral – 9ª ed. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 55).

A política criminal apresenta três fatores básicos que são: prevenção, interdisciplinariedade e justiça social.

No que tange à prevenção, importante fazer uma distinção clara entre política criminal e política penal. É extremamente comum a confusão entre ambas, mas na gênese elas são extremamente diferentes.

No momento em que o legislador entende que para prevenir crimes ele deve apenas criar novos tipos penais ou recrudescer as penas, ele age pensando apenas em uma política penal. Evidentemente não é uma forma inteligente de agir.

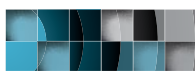
A política criminal atende a critérios preventivos no momento em que o Estado implementa prestações positivas. Ou seja, não basta buscar a solução de problemas apenas com criminalização de condutas (política criminal negativa), mas sim buscar combater a fome, miséria, desemprego, baixa escolaridade, violência institucional, saúde pública, moradia, dentre tantos outros direitos.

A interdisciplinaridade, por sua vez, aponta para a necessidade da política criminal se comunicar com outros ramos científicos, como sociologia, psicologia e economia. Só assim ela conseguirá ser efetiva.

Por fim, a política criminal deve atender a uma justiça social, o que aponta para um minimalismo, ou seja, deve criminalizar as condutas que causam mais danos à sociedade. Neste ponto é importante destacar que a criminalização não deve ser apenas de condutas comuns a um determinado grupo social (a comum seletividade do direito penal que se volta às camadas mais pobres), mas também crimes que atinjam a outros bens jurídicos relevantes (como crimes financeiros e econômicos, mais comuns nas classes sociais mais elevadas).

Nesse ponto, é importante verificar os princípios e a Constituição como marcos que vão nortear e, principalmente, regular a política criminal.

Isso porque a Constituição Federal Brasileira traz direitos sociais no seu artigo 6º. Lá é previsto que todos têm direito à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.



É evidente, que o cumprimento de tais direitos sociais básicos norteiam a polícia criminal, principalmente no que tange ao viés preventivo. É exatamente o cumprimento de tais direitos que implementa as prestações positivas.

A Constituição Federal, porém, não traz apenas direitos sociais. No artigo 5º, por exemplo, a Carta Magna ainda traz direitos e deveres individuais, destacando que todos são iguais perante a Lei.

Além de direitos básicos, da Constituição Federal ainda se retiram princípios que também norteiam a política criminal.

Da Constituição Federal retiramos princípios como a irretroatividade da lei penal, ampla defesa e contraditório, devido processo legal, imparcialidade do juiz, presunção de inocência, dentre outros.

Assim sendo, o poder constituinte já estabeleceu princípios processuais extremamente importantes, principalmente quando a política criminal age na persecução penal.

Assim sendo, a Constituição Federal e os princípios influenciam na polícia criminal, dando limites importantes à persecução penal e já apontando as políticas positivas que devem ser realizadas.

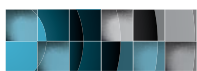
Resta claro, portanto, que política criminal não é só criação de leis mais rigorosas e supressão de garantias processuais em prol de atender interesses midiáticos ou de celeridade processual que beiram a negação de todo o sistema traçado já na Constituição Federal, mas ao contrário, ela visa garantir os Direitos Mínimos das pessoas para que a persecução penal seja objetiva, aplicando as sanções penais de forma isonômica em todo corpo social.

Dentre os princípios que regulam a política criminal está o da proporcionalidade.

Tal princípio não tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988, mas é pacificamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência. Ele decorre do devido processo legal que tem sede no artigo 5º da Carta Magna.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu o princípio da proporcionalidade no julgamento do RE 374.981-RS, veiculado no informativo n.º 381. Da ementa de tal julgado destaca-se:

A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo



meramente político ou discricionário do legislador." (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) (RE 374981, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 28/03/2005, publicado em DJ 08/04/2005 PP-00082)

O princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios ou três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo a adequação, o meio escolhido deve ser apto a alcançar o fim pretendido.

Luis Virgílio Afonso da Silva acrescenta que “*adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado*”¹. Isso porque entende que o conceito em alemão *fördern* não tem sido adequadamente traduzido e que na verdade o verbo correto não seria alcançar, mas sim fomentar.

O Judiciário, nesta linha, vai poder intervir nos casos em que as medidas escolhidas pelo legislador forem inquestionavelmente desproporcionais, ou seja, a medida escolhida não levar, de fato, ao fim pretendido.

Pela necessidade, cabe ao legislador sempre optar, dentre os meios disponíveis, por aquele menos gravoso possível.

A proporcionalidade em sentido estrito manifesta-se por uma ponderação de interesses para solucionar conflitos de normas. Volta-se, portanto, a análise de casos concretos e está nas mãos do julgador. Constitui, até mesmo, um mecanismo de legitimação de decisões judiciais.

Estes três subprincípios devem ser sempre analisados nessa ordem e guardam entre si uma relação de subsidiariedade. Isso porque, se a questão em análise já for solucionada com a adequação, a análise da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se tornam desnecessárias. E assim é sucessivamente. Nesse sentido:

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito. (Silva, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT, São Paulo, ano 91, n 798, p.23-50, abr. 2002)



A existência de proporcionalidade é essencial para a política criminal, notadamente no que se refere ao sistema penal. Ela influencia tanto a criminalização de condutas quanto a definição das penas que devem ser atribuídas.

É evidente que o legislador, ao buscar a redução da criminalidade, deve buscar a proporcionalidade. Primeiro deve verificar se o direito penal e processual penal são adequados para a solução de determinados problemas. Segundo, deve verificar se a aplicação das penas criminais são as menos gravosas para buscar o fim almejado e, terceiro, deve verificar no caso em concreto se penas criminais aplicadas são ponderadas, ou seja, proporcionais, para cada situação em concreto.

Como já afirmado, o atendimento de direitos de prestação positiva já consagrados pela Constituição Federal também é importante para a política criminal e a redução da criminalidade.

Guilherme de Souza Nucci, ao falar do conceito e dimensão do princípio da proporcionalidade aponta a existência de dois objetivos:

Por isso há uma meta revelada em direção a dois objetivos: a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime.

O primeiro objetivo deve ser seguido pelo legislador, quando cria um novo tipo incriminador ou quando pretende alterar a espécie, forma ou quantidade de sanção penal. O segundo, voltando-se ao juiz, indica-lhe a razoável proporção entre o peso da sanção e o dano provocado pela infração penal. (Nucci, Guilherme de Souza. Curso de direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 109).

A proporcionalidade, portanto, deve estar presente tanto na conduta do legislador quanto na conduta dos magistrados.

Ainda que o princípio da proporcionalidade seja de extrema importância, é possível a ocorrência de desvios.

Ou seja, diante de um determinado bem jurídico é possível que haja ou uma proteção deficiente ou um excesso de rigor. Qualquer das hipóteses gera desequilíbrio no sistema e é prejudicial.

Como proteção deficiente podemos citar o caso de maus tratos a plantas ornamentais, animais e seres humanos. Sobre tais condutas as leis trazem as seguintes previsões:

Art. 136 do Código Penal - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

Art. 32 da Lei n.º 9.605/98 - Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 49 da Lei n.º 9.605/98 - Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:



Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Verifica-se, no caso, que o bem jurídico integridade do vulnerável recebe proteção inferior que o de um animal ou mesmo de uma planta.

Mas a desproporcionalidade também pode se dar pelo excesso de rigor.

Um exemplo do violação da proibição excesso que desrespeita a proporcionalidade é o artigo 273, do Código Penal.

Tal dispositivo legal, em sua redação originária previa: *Alterar substância alimentícia ou medicinal: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.* Com a alteração promovida pela Lei 9.677/98, passou a prever: *"Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa".*

A pena cominada a tal delito foi agravada desproporcionalmente.

Referida lei ainda criou figuras equiparadas nos §1º-A e §1º-B que impõem a mesma pena para quem, por exemplo, importa produto sem registro na vigilância sanitária brasileira. Conduta esta, evidentemente, que poderia ser resolvida no âmbito do direito administrativo sancionatório, sem a interferência no direito penal.

Mas, além da desproporção da pena, a Lei 9.695/98 ainda incluiu o artigo 273 do Código Penal entre o rol de crimes hediondos, equiparando tais condutas a gravidade de um homicídio qualificado e genocídio, por exemplo.

Diante de tamanha desproporção, o Superior Tribunal de Justiça, exercendo a sua função de fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime, apontado pelo ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci, julgou inconstitucional o preceito secundário do artigo 273, do Código Penal, corrigindo assim o crasso erro legislativo:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA.

OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.
2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.
3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.



4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.

5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.

6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.

(AI no HC 239.363/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/02/2015, DJe 10/04/2015)

Paralelo a necessidade de um direito em que se proibam os excessos está o direito penal mínimo.

Trata-se de uma teoria que, apesar de ainda não ter previsão legal expressa, ganha força entre juristas brasileiros em razão da sua congruência, sendo certo que, como veremos, já foi reconhecido pelos tribunais brasileiros.

O direito penal mínimo defende que o direito penal só deve intervir quando a lesão ao bem jurídico for mais expressiva e quando outros ramos do direito não forem suficientes para solucionar o caso.

Em resumo, o direito penal mínimo busca combater a crescente onda de criminalizações de condutas em resposta a pleitos midiáticas, sem reflexão sobre a real necessidade da criação de tais tipos ou mesmo de um recrudescimento de penalidades.

Sustentam tal teoria os princípios da insignificância, intervenção mínima, subsidiariedade, proporcionalidade e dignidade humana.

A busca de um direito penal mínimo é essencial para a existência de um estado democrático de direito. Nesse sentido manifestou-se o próprio Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social. 2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrerá lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido. 3. É possível a aplicação do Princípio da Insignificância, desfigurando a tipicidade material, desde que constatados a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de



reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica. Precedentes. 4. O Supremo Tribunal admite a aplicação do Princípio da Insignificância na instância castrense, desde que, reunidos os pressupostos comuns a todos os delitos, não sejam comprometidas a hierarquia e a disciplina exigidas dos integrantes das forças públicas e exista uma solução administrativo-disciplinar adequada para o ilícito. Precedentes. 5. A regra contida no art. 240, § 1º, 2ª parte, do Código Penal Militar, é de aplicação restrita e não inibe a aplicação do Princípio da Insignificância, pois este não exige um montante prefixado. 6. A aplicação do princípio da insignificância torna a conduta manifestamente atípica e, por conseguinte, viabiliza a rejeição da denúncia. 7. Ordem concedida. (HC 107638, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011)

É necessário o direito penal mínimo não apenas para definir tipificação de condutas, mas também para a análise do grau de lesividade de um ato praticado que seja considerado ilícito. Ou seja, ainda que o agente tenha violado uma norma, é preciso que o judiciário verifique se não se trata de hipótese de atipicidade material ante a insignificância. Nesse sentido manifesta-se a Ministra Cármen Lúcia do julgamento do HC 107638, acima apontado:

Nessa ordem de ideias, não mais se admite o crime como o fenômeno em que o fato típico, primeiro dos seus elementos estruturadores, aperfeiçoe-se com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma.

A pesquisa sobre a extensão da lesão ao bem jurídico penalmente protegido assume relevância, porque essa tarefa permite o delineamento da tipicidade material e, por conseguinte, a possibilidade de afastar do âmbito do direito penal aqueles comportamentos que, formalmente típicos, não representam ofensa significativa ao bem tutelado.

Vale destacar que o direito penal é aquele que tem por consequência a aplicação de penas que implicam na restrição da liberdade do agente (em maior ou menor grau a depender da espécie de pena aplicada). Em razão da gravidade da sanção, é evidente que sua aplicação deve ser restringir aos casos relevantes. Enfim, o direito penal é a última *ratio*.

Nesse sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. REITERAÇÃO NA OMISSÃO DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS. EXISTÊNCIA DE INÚMEROS PROCEDIMENTOS FISCAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A insignificância, enquanto princípio, revela-se, na visão de Roxin, importante instrumento que objetiva restringir a aplicação literal do tipo formal, exigindo-se, além da contrariedade normativa, a ocorrência efetiva de ofensa relevante ao bem jurídico tutelado. 2. No terreno jurisprudencial, dispensam-lhe os tribunais, cada vez com maior frequência, destacado papel na tentativa de redução da intervenção penal, cujos resultados não traduzem, necessariamente, reforço na construção de um direito penal mínimo, principalmente diante do crescimento vertiginoso da utilização desse ramo do direito como *prima ratio* para solução de conflitos, quando deveria ser a *ultima ratio*. (...) (RHC 31.612/PB, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014 - destaquei)

O direito penal mínimo também tem reflexos no processo penal como, por exemplo, com a criação de medidas cautelares diversas da prisão realizadas pela Lei n.º 12.403/2011. Busca-se, assim, a redução do número de presos provisórios, deixando tal instituto apenas para os casos mais graves.



A não aplicação de um direito penal mínimo, na verdade, acaba levando ao caos, exatamente como vivemos atualmente.

O excesso de legislação leva também a um excesso de encarceramento, não compatível com a capacidade financeira do Estado de manter presídios. Qual a consequência? As penas são cumpridas em estabelecimentos superlotados, sem nenhum enfoque na prometida “ressocialização”, em condições sub-humanas. Resumindo, a pena no Brasil passou a ser cruel, violando até vedação constitucional.

O direito penal mínimo não significa garantir impunidade. Pelo contrário. Significa guardar o direito penal e seus instrumentos para os casos efetivamente graves, deixando para outros ramos do direito aquelas violações menos significativas. Não é não punir, é punir de modo inteligente. Nesse ponto se encontra com o princípio da proporcionalidade e suas subdivisões.

É importante, pois, uma política criminal que considere o direito penal como a última forma de solucionar conflitos.

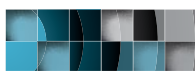
Decorrência natural da intervenção mínima e da subsidiariedade do direito penal é o princípio da ofensividade. São tão relacionados que há quem defenda que não existe um princípio autônomo da ofensividade. Nesse sentido Guilherme de Souza Nucci:

Defendemos, portanto, que a ofensividade ou lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo sob pena de se esgotar o direito penal em situações inócuas e sem propósito, especialmente quando se contrasta a conduta praticada com o tipo de sanção para ela prevista como regra, ou seja, a pena privativa de liberdade. Há enorme desproporção. Entretanto a ofensividade é um nítido apêndice da intervenção mínima ou subsidiariedade do direito penal democrático. Não necessita ser considerado a parte, como princípio autônomo, pois lhe falecem força e intensidade para desvincular-se do principal, nem existem requisitos próprios que o afastem da ideia fundamental de utilizar a normal penal incriminadora como última cartada para solucionar ou compor conflitos emergentes em sociedade. Em suma, a ofensividade é uma consequência do respeito à intervenção mínima. (Nucci, Guilherme de Souza. Curso de direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 86).

Independentemente de a ofensividade ser ou não um princípio autônomo, segundo ele, o direito penal deve tratar de ofensas significativas aos bens jurídicos mais relevantes. Ou seja, não há ofensividade e, portanto, punição criminal para condutas que ofendam de maneira ínfima o bem jurídico tutelado.

É com base em tal princípio, ademais, que há quem defenda a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, uma vez que tais tipos penais dispensam a efetiva comprovação de perigo, ou seja, de ofensa ao bem jurídico tutelado. Não é este, porém, o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Para que a intervenção mínima se realize em concreto, restringindo ao máximo a aplicação do direito penal, deve ser considerado também o princípio da culpabilidade. Isso porque, não basta a análise da conduta do agente, sendo necessário também a análise de um juízo de reprovação, de um elemento subjetivo. E o princípio da culpabilidade deve ser visto a



partir de três enfoques: repúdio a responsabilidade penal objetiva; juízo de reprovação de quem podia agir de outro modo e ser fundamento e limite de pena.

O princípio da culpabilidade, portanto, afasta a possibilidade do *versari in re illicita*. Em resumo, ninguém pode ser punido se não tiver agido com dolo ou culpa. O direito penal não pode admitir responsabilidade objetiva. A liberdade é a regra e a privação de liberdade como pena do direito criminal deve ser exceção. Nesses termos Guilherme de Sousa Nucci:

Por derradeiro, segregar o indivíduo, que tenha cometido algo ilícito, sem qualquer intenção ou previsibilidade, é medida sem qualquer préstimo, pois ele não representa, na essência, perigo à sociedade. (Nucci, Guilherme de Souza. Curso de direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 118).

Explica, ainda referido autor que a sanção penal atende as finalidades de retribuição e prevenção, o que torna necessário a exigência de dolo e culpa para legitimar uma punição. Não sendo assim, haveria apenas um exercício despótico do direito de punir.

Segundo Juarez Cirino dos Santos é proibido punir uma pessoa sem um juízo de reprovação. Ou seja, reprovação do sujeito que podia ter agido de outro modo mas optou pela prática de crime. Segundo o autor citado, tal juízo se dá em três situações:

a) Pessoas incapazes de saber o que fazem (inimputáveis); b) pessoas imputáveis que, realmente, não sabem o que fazem porque estão em situação de erro de proibição inevitável; c) pessoas imputáveis, com conhecimento da proibição do fato, mas sem o poder de não fazer o que fazem porque realizam o tipo de injusto em contextos de anormalidade definíveis como situações de exculpação. (Santos, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral – 5ª ed. – Florianópolis: Conceito editorial, 2012, p. 24).

Por fim, a culpabilidade vai limitar e fundamentar a pena, impedindo que a sanção seja superior a “culpabilidade” do agente.

O princípio da culpabilidade tem, ainda, importância no processo penal, pois impede denúncias genéricas com presunção de dolo e culpa e a inversão do ônus da prova. É o Estado quem deve provar o dolo e a culpa, nunca o agente que é inocente.

Verifica-se, assim, que tanto o princípio da ofensividade quanto o da culpabilidade servem de proteção ao indivíduo em face do Estado, mais bem equipado, garantindo que apenas lesões significativas a bens jurídicos mereçam resposta penal e que, mesmo em tendo sido praticado uma conduta que lesou bem jurídico, é preciso se aprofundar no caso e analisar o elemento subjetivo. Ainda que tenha praticado conduta ilícita, é preciso ter dolo ou culpa para ter sanção penal. Por fim, é necessário que a lesão ao bem jurídico seja grave o suficiente para intervenção do direito penal, sendo este utilizado apenas quando os outros ramos do direito forem insuficientes.



Referências

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal – Rio de Janeiro: Forense, 2017

QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal, V. 1 Parte Geral – 9ª ed. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2013

SANTOS, Admaldo Cesário dos. Introdução ao direito penal: propedêutica, política criminal, principiologia – Recife: Linceu, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral – 5ª ed. – Florianópolis: Conceito editorial, 2012

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT, São Paulo, ano 91, n 798, p.23-50, abr. 2002

Sites:

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-constitucional-da-proporcionalidade,48589.html> – consultado em 07/03/2018

¹ Silva, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT, São Paulo, ano 91, n 798, p.23-50, abr. 2002



O dever estatal em promover a educação sobre gênero: um estudo sob a óptica do princípio da proibição da proteção insuficiente

The State's duty to promote gender education: a study under the principle of the prohibition of insufficient protection

Edgar Pierini Neto

Mestrando em Direito Constitucional – PUC/SP
Defensor Público do Estado de São Paulo
epneto@defensoria.sp.def.br

Resumo

Trata-se de artigo no qual se estuda o gênero como construção social e histórica, e não como decorrente de fatores exclusivamente biológicos. Para tanto, discute-se o conceito atual de gênero e identidade de gênero, bem como a importância destes temas no ambiente escolar. Ao não abordar os referidos assuntos na escola, o poder público se omite acerca das violações de direitos fundamentais decorrentes da discriminação de gênero e de identidade de gênero. Assim, após uma análise à luz do princípio da proporcionalidade, em especial no que tange à sua faceta positiva, qual seja a proibição da proteção insuficiente, constata-se o dever constitucional do Estado para promover a educação sobre gênero, com o fito de erradicar ou, ao menos, reduzir as referidas violações de direitos.

Palavras-chave: Gênero. Proporcionalidade. Fundamentais.

Abstract

It is an article in which the gender is studied as social and historical construction, and not as a result of exclusively biological factors. Therefore, the current concept of gender and gender identity is discussed, as well as the importance of these themes in the school environment. By failing to address these issues at school, the state is omitted from violations of fundamental rights stemming from gender discrimination and gender identity. Thus, following an analysis in the light of the principle of proportionality, especially with regard to its positive side, what is the prohibition of insufficient protection, the constitutional obligation of the State to promote gender education is verified, with a view to eradicating or at least reduce the abovementioned rights violations.

Keywords: Gender. Proportionality. Fundamental.



Introdução

A atribuição de papéis a homens e mulheres como decorrência de fatores biológicos é encontrada ao longo da história da humanidade, na qual as relações de poder entre os sexos revelaram-se desiguais.

A partir desta constatação, surgiram estudos feministas, cujo escopo era compreender os gêneros masculino e feminino como uma construção social e histórica e não necessariamente como decorrência lógica dos fatores biológicos.

A este arcabouço teórico se somou a Teoria Queer, a qual teve por finalidade destacar e buscar a inclusão de todos os sujeitos que, à época, eram considerados abjetos, dentre os quais se destacam as pessoas cuja identidade de gênero era diversa das tradicionalmente conhecidas, como transexuais e travestis.

Os referidos estudos constataram que a forma como as questões de gênero, identidade de gênero e sexualidade eram tratadas no ambiente escolar acabavam não só por reproduzir, mas também por produzir relações de desigualdade e exclusão.

Como consequência, têm-se, atualmente, dados estatísticos que comprovam a violência sofrida por mulheres e pessoas transgêneras, em razão do gênero ou identidade de gênero. Aliado a isso, há também a constatação de abissais disparidades no ambiente de trabalho, nos afazeres domésticos e na média da remuneração mensal.

Os aludidos dados demonstram um histórico de violações de direitos fundamentais, em especial o direito à vida e integridade física e o direito à igualdade, em razão da discriminação de gênero ou identidade de gênero.

Em virtude deste longo e ainda atual histórico de violações de direitos, cabe ao Estado tomar medidas para evitá-las, sob pena de incorrer em desrespeito ao princípio da proporcionalidade, mormente em relação à sua faceta positiva, qual seja a da proibição da proteção insuficiente.

É neste contexto que se insere o presente trabalho, cujo escopo é relacionar o dever estatal em promover a educação sobre gênero à luz do princípio da proibição da proteção insuficiente.

O Conceito de *Gênero*

O conceito atual de “gênero” surgiu através de estudos feministas, mais propriamente no período denominado como “segunda onda” do feminismo.

No início do século XX, as manifestações contra a discriminação feminina adquiriram uma visibilidade e uma expressividade maior no “sufragismo”, ou seja, no movimento voltado para estender o direito de voto às mulheres. Esta fase passou a ser denominada como “primeira onda” do feminismo. (LOURO, 2014, p.19)

Já, no final da década de 1960, é que o feminismo, além das preocupações sociais e políticas, irá se voltar para as construções propriamente teóricas. É no âmbito do debate que a



partir de então se trava, entre estudiosas e militantes, de um lado, e seus críticos e críticas, de outro, o engendramento e problematização do conceito de gênero. (LOURO, 2014, p.19)

Nos referidos estudos, visa-se rejeitar um determinismo biológico implícito no uso de termos como sexo ou diferença sexual, ressaltando-se o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo.

O conceito pretende, assim, referir-se ao modo como as características entre homens e mulheres são trazidas para a prática social e tornadas parte do processo histórico.

Segundo Louro:

Pretende-se, dessa forma, recolocar o debate no campo do social, pois é nele que se constroem e se reproduzem as relações (desiguais) entre os sujeitos. As justificativas para as desigualdades precisariam ser buscadas não nas diferenças biológicas (se é que mesmas essas podem ser compreendidas fora de sua constituição social), mas sim nos arranjos sociais, na história, nas condições de acesso aos recursos da sociedade, nas formas de representação. (LOURO, 2014, p.26)

Complementando, Butler ensina que:

Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende à tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: conseqüentemente, não é nem o resultado causal do sexo nem tampouco aparentemente fixo quanto o sexo. (BUTLER, 2017, pp.25-26)

Para a referida autora, a distinção entre sexo e gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos. (BUTLER, 2017, p.26).

No livro *O segundo sexo*, Simone de Beauvoir faz a célebre declaração de que:

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que se qualifica de feminino. (BEAUVOIR, 1980, p.9)

Esse clássico excerto sintetiza a mencionada obra, na qual a autora conclui que ser mulher não é um dado natural, mas o resultado de uma história. Não há um destino biológico ou psicológico que defina a mulher como tal. Foi a história da civilização que resultou em seu *status* atual, criando nela o chamado “eterno feminino” ou feminilidade.

Em suma, pode-se dizer que essa linha de pensamento vem questionar diversas “verdades absolutas” encontradas em nossa sociedade, na qual há uma tendência à “naturalização” das características sexuais.

Reconhecer que gênero e sexo são palavras com distintos significados nos remete a questionamentos sobre as diferenças existentes entre homens e mulheres na sociedade atual. Mais que isso, vem controverter o caráter permanente da oposição binária entre masculino e feminino.

Ao lado da “segunda onda” feminista, desenvolveu-se a Teoria Queer, a partir da qual o conceito de gênero foi aprimorado.



A Teoria *Queer*

As origens históricas da Teoria *Queer* remetem à década de 1980, a qual estava inserida num cenário aberto por novos movimentos sociais surgidos décadas antes, sobretudo o movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos, o movimento feminista e o movimento homossexual.

Esses mesmos movimentos sociais renovaram-se na década de 80 com uma maior participação de camadas de classe média. Além disso, a epidemia de HIV que assolou os Estados Unidos nessa época foi uma das responsáveis pela cisão dos movimentos, dando origem ao *Queer Nation*. (MISKOLCI, 2016, pp.23-24)

A palavra *queer*, na língua inglesa, representa um xingamento ou palavrão. A grosso modo, pode ser traduzida para o português como “bicha” ou “estranho”.

Salienta-se que a ideia por trás do movimento *Queer Nation* era justamente a de que parte da nação foi rejeitada, humilhada, considerada abjeta, motivo de desprezo e nojo. É assim que surge o *queer*, como reação e resistência a um novo modelo biopolítico instaurado pela AIDS. (MISKOLCI, 2016, p.24).

Miskolci salienta que:

O *queer*, portanto, não é uma defesa da homossexualidade, é a recusa dos valores morais violentos que instituem e fazem valer a linha da abjeção, essa fronteira rígida entre os que são socialmente aceitos e os que são relegados à humilhação e ao desprezo coletivo. (MISKOLCI, 2016, p.25)

Dentre as contribuições da Teoria *Queer*, há o questionamento à existência exclusiva do binarismo feminino e masculino. Segundo Butler:

(...) certos tipos de ‘identidade de gênero’ parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente por não se conformarem às normas da inteligibilidade cultural. Entretanto, sua persistência e proliferação criam oportunidades críticas de expor os limites e os objetivos reguladores desse campo de inteligibilidade e, conseqüentemente, de disseminar, nos próprios termos dessa matriz de inteligibilidade, matrizes rivais e subversivas de desordem de gênero. (BUTLER, 2017, p.44)

Afere-se, assim, que a Teoria *Queer* não só aprimorou o conceito de gênero, como aprofundou-se em identidades de gênero, mormente aquelas não concebidas tradicionalmente.

Essencial esclarecer, portanto, que a Teoria *Queer* não deve ser confundida como sinônimo do movimento homossexual, sendo aquela mais ampla, contemplando e buscando a inclusão de diversos “corpos”, dentre os quais podem-se destacar as pessoas transexuais, travestis, não-binárias, *genderfluid*, dentre outras.

Com isso, verifica-se que “a Teoria *Queer* tem um duplo efeito: ela vem enriquecer os estudos gays e lésbicos com sua perspectiva feminista que lida com o conceito de gênero, e também sofisticar o feminismo, ampliando seu alcance para além das mulheres” (MISKOLCI, 2016, p.32).

Assim, pode-se dizer que, atualmente, o termo *gênero* significa:



[...] o conjunto de características atribuídas às pessoas por conta de seu sexo biológico. Ou seja, a partir da presunção de que determinadas atitudes e posturas seriam inerentes ao homem ou à mulher (essencialismo), criaram-se conceitos de masculinidade e feminilidade para designar atitudes que se espera de homens (masculinidade) e de mulheres (feminilidade). (VECHIATTI, 2011, pp.86-87)

Ao passo que, *identidade de gênero*, é “um sentimento íntimo, próprio da pessoa em relação a sua identificação como homem ou como mulher, e assim vai estruturando todo o seu comportamento e sua vivência social” (SANCHES, 2011, p.433).

Estabelecidos os conceitos de gênero e identidade de gênero, passar-se-á a estudar os reflexos que ele tem na educação, ressaltando-se a importância de sua discussão neste ambiente.

O Papel da Educação sobre Gênero

Desde o seu início, a instituição escolar exerceu uma ação distintiva. Ela se incumbiu de separar os sujeitos, dividindo, internamente, os que lá estavam, através de múltiplos mecanismos de classificação, ordenamento e hierarquização. Dentre estes, deve-se destacar o controle que a escola exerceu e exerce até os dias atuais acerca das concepções de gênero e identidade de gênero.

Louro chama atenção para o fato de que “é indispensável que reconheçamos que a escola não apenas reproduz ou reflete as concepções de gênero e sexualidade que circulam na sociedade, mas que ela as produz”. (LOURO, 2014, p.84)

A instituição escolar sempre produziu e reproduziu valores de uma sociedade heteronormativa, com ausência de abordagem de temáticas relacionadas às questões de gênero.

Como já salientado neste trabalho, a compreensão do gênero como uma construção social diversa dos fatores biológicos permite a assimilação dos papéis de homens e mulheres na sociedade, bem como o abarcamento de outros sujeitos que rompem com os conceitos de gênero e identidade de gênero conhecidos tradicionalmente.

Assim, discutir gênero na educação permite a quebra de paradigmas e preconceitos, assim como a aceitação do *diferente*.

Tal discussão nas escolas ganha relevo no sentido de que “não se trata de saber conviver, mas considerar que a humanidade se organiza e se estrutura na e pela diferença” (BENTO, 2011).

A necessidade de inclusão de temáticas voltadas às diversidades sexuais e questões de gênero no currículo escolar desde a pré-escola faz-se de fundamental importância, porquanto neste ambiente também são constituídas as noções de relações de gênero, sexualidade e cidadania, objetivando a diminuição do estigma e preconceito para com identidades não heteronormativas. (BOHM, 2009, p.66)

Desta forma, compreende-se que a escola não só ensina, mas também produz “sujeitos”. Nesse espectro, a inclusão da discussão de gênero na base curricular obrigatória tem a finalidade de ampliar os conhecimentos desta área, possibilitando uma melhor compreensão do tema por professores e alunos.



Ressalta-se que a educação tem o papel de ampliar a competência do país para operar transformações, criando um clima favorável para mudanças. “É um meio de abertura que dá ao indivíduo uma chave de autoconstrução e de se reconhecer como capaz de opções”. (SOUZA, 2010, p.72).

Desta feita, verifica-se que a discussão de gênero no ambiente escolar revela-se essencial para ampliar os conhecimentos na área e reduzir os danos que nossa sociedade desigual produz.

As Desigualdades nas Relações de Gênero

A ausência de discussão e aprendizado acerca das relações de gênero tem perpetuado desigualdades históricas entre homens e mulheres. Ainda que tenha havido uma redução nas últimas décadas, há evidente descumprimento do papel estatal de proteção a diversos direitos fundamentais, em especial o direito à vida e integridade física e o direito à igualdade.

No tocante à violação ao direito à igualdade, mister destacar alguns dados levantados pelo IBGE no PNAD de 2017.¹

O primeiro importante dado diz respeito às horas dedicadas por semana com o trabalho doméstico. No Brasil, os homens gastam 10,8 horas por semana com o trabalho doméstico. Em contrapartida, as mulheres expendem 20,9 horas, ou seja, 73% (setenta e três por cento) a mais que os homens. (IBGE, 2018)

Segundo o referido estudo:

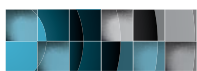
A questão da carga horária parece ser um fator fundamental no diferencial de inserção ocupacional entre homens e mulheres determinado pela divisão sexual do trabalho. Mulheres que necessitam conciliar trabalho remunerado com os afazeres domésticos e cuidados, em muitos casos acabam por trabalhar em ocupações com carga horária reduzida. (IBGE, 2018, p.4)

Com isso, é possível aferir que, em regra, as mulheres que possuem trabalho remunerado acabam por ter carga horária mais elevada que a dos homens, já que além daquele, ainda arcam 73% (setenta e três por cento) mais com os afazeres domésticos que os homens.

Ou ainda, as mulheres acabam tendo de reduzir a jornada de trabalho remunerado, o que tem implicações diretas na remuneração final. Essa consequência é apontada pelo estudo em questão, salientando que, em relação aos rendimentos médios do trabalho, as mulheres seguem recebendo cerca de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do que os homens recebem.

A permanência desta desigualdade também pode estar relacionada:

(...) com a segregação ocupacional e discriminação salarial das mulheres no mercado de trabalho, conforme vasta literatura e indicadores divulgados acerca das desigualdades de inserção ocupacional das mulheres. Nesta comparação, os resultados desagregados por nível de instrução apontam que o diferencial de rendimentos é mais elevado na categoria ensino superior completo ou mais, em que as mulheres receberam 63,4% do que os homens, em 2016. (IBGE, 2018, p.5)



Fundamental destacar ainda a constatação de que, à medida que o grau de instrução se eleva, diminui a diferença entre mulheres e homens na responsabilidade pelos cuidados com a casa. (SENADO NOTÍCIAS, 2018)

Esta última estatística é fundamental para explicitar a importância da educação na redução das desigualdades entre os gêneros.

Analisando a referida pesquisa, é possível verificar a desigualdade material existente entre homens e mulheres no mercado de trabalho, nos afazeres domésticos e na média da remuneração mensal. A não discussão dessas questões no ambiente escolar, de suas origens e motivos pelos quais ela se perpetua na sociedade revela a proteção insuficiente do Estado em assegurar o princípio da igualdade, em sua acepção material, às mulheres.

No tocante ao direito à vida e integridade física, mister abordar-se o tema da violência contra a mulher.

No Brasil, a cada 7.2 segundos, uma mulher é vítima de violência física. Além disso, em 2013, treze mulheres morreram todos os dias vítimas de feminicídio, isto é, em função de seu gênero. (ESTADÃO, 2017)

Esses dados revelam que há um enorme desequilíbrio de poder entre homens e mulheres e a violência, talvez, seja sua evidência mais cruel. Essa assimetria está lastreada em concepções desiguais de gênero que determinam os comportamentos femininos e masculinos tidos como socialmente adequados.

Para além do binômio masculino e feminino, essencial esclarecer ainda a existência de pessoas que não se identificam com os gêneros tradicionalmente conhecidos. É o caso de transexuais e travestis. Essa população, em razão da dificuldade da sociedade em lidar com o *diferente*, sofre inúmeras violações a direitos fundamentais.

Segundo a organização não governamental *Transgender Europe* (TGDEU), rede europeia de organizações que apoiam os direitos da população transgênero, o Brasil é o país onde mais se mata travestis e transexuais no mundo. Entre janeiro de 2018 e março de 2014, foram registradas 604 mortes no país. (ONU BR, 2016)

Outro exemplo de violação a direitos fundamentais é a dificuldade da população transgênera em obter emprego com registro em carteira. Segundo dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), 90% (noventa por cento) deste público está se prostituindo no Brasil e apenas 10% (dez por cento) trabalha com registro em carteira. (GELEDÉS, 2017).

É possível verificar-se, portanto, que existem abissais desigualdades materiais entre homens e mulheres e também dificuldade de aceitação e compreensão da existência de pessoas que possuem identidades de gênero diversas das tradicionalmente conhecidas, o que acarreta inúmeras violações a direitos fundamentais, em especial o direito à vida e integridade física e o direito à igualdade em sua acepção material.



Direitos Fundamentais

Para a compreensão dos direitos fundamentais faz-se mister compreender que estes não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também uma outra objetiva, podendo-se falar em seu “duplo caráter”.

Nesse sentido, preleciona Nunes Junior:

Delineando tal ponto de vista, a Constituição Federal, em mais de uma passagem, faz alusão aos Direitos Fundamentais não só como direitos subjetivos, mas também em uma dimensão institucional, indicando que o respeito e a observância dos mesmos constituem fundamento de nossa ordem política (art. 1º, III) e princípio que deve nortear o país nas suas relações internacionais (art. 4º, II). Com efeito, não há como se pensar em direitos fundamentais fora de um contexto generalizante, em que, de um lado, são concebidos como direitos subjetivos e, de outro, como instituições sedimentadas no tecido social e que devem condicionar ações individuais e coletivas. (NUNES JUNIOR, 2009, pp.12-14)

Em seu aspecto subjetivo, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, 2007, p.178).

Por outro lado, “a dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar”. (GUERRA FILHO, 2017, pp.40-41).

Por fim, Nunes Junior conceitua os direitos fundamentais:

(...) como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade). (NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 15)

Estabelecida uma breve explanação sobre direitos fundamentais, abordar-se-ão aqueles mais violados em razão da não discussão de gênero no ambiente escolar.

Direitos em Espécie: Direito à Vida e Direito à Igualdade

Como visto anteriormente, as mulheres sofrem violação ao direito à vida e à integridade física em razão do gênero. Os dados sobre a violência contra mulher no Brasil são alarmantes e indicam a necessidade de proteção a este direito fundamental. Destaca-se também que as pessoas que possuem identidade de gênero diversas das comumente aceitas na sociedade, tais como os indivíduos transgêneros, também sofrem descomunal violência.

Salienta-se que o direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte. “Não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse”. (MENDES; BRANCO, 2011, p.287)



O direito à vida apresenta cunho de defesa, impedindo que o Estado e qualquer outro indivíduo pratiquem atos atentatórios contra a existência de qualquer ser humano. Ressalva-se, contudo, que coexiste com essa dimensão negativa, outra, positiva, a qual se traduz numa pretensão jurídica à proteção, através do Estado, do direito à vida.

Desta forma, há um dever estatal em proteger a vida de mulheres e todas as demais pessoas que a têm ameaçada em razão do gênero ou identidade de gênero.

Para Branco:

O ângulo positivo do direito à vida obriga o legislador a adotar medidas eficientes para proteger a vida em face de outros sujeitos privados. Essas medidas devem estar apoiadas por uma estrutura eficaz de implementação real das normas. As providências apropriadas para a proteção do direito à vida a que o Estado está obrigado podem variar de âmbito e de conteúdo, conforme a maior ou menor ameaça com que os diferentes elementos da vida social desafiam tal direito. (MENDES; BRANCO, 2011, p.292)

Fundamental ainda destacar que a proteção à integridade física é decorrência lógica do direito à vida. Nesse sentido, Silva leciona que “agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo”. (SILVA, 2007, p.199)

Além do direito à vida, foi constatado também que há uma desigualdade material nas relações de trabalho e, conseqüentemente, no rendimento médio auferido em razão da discriminação de gênero e identidade de gênero. Neste aspecto, o Estado deve tomar medidas prestacionais e efetivas para erradicá-las.

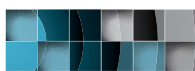
Acerca do princípio da igualdade, mister diferenciá-lo em suas acepções material e formal. Esta significa que a lei e a sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. Já, aquela não possui compreensão tão estreita, de modo que o intérprete há de aferir o dispositivo com outras normas constitucionais, especialmente com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Enquanto a igualdade formal vem expressa no art. 5º caput da CF/88, a igualdade material é explicitada no art. 7º, XXX e XXXI também da nossa Lei Maior, em que proíbe distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. (SILVA, 2007, pp.210-214)

Complementando a ideia de igualdade material, Boaventura de Souza Santos atesta que:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS, 2003, p.56)

Há, portanto, um dever do poder público em assegurar a igualdade entre homens e mulheres, bem como evitar a discriminação em razão da identidade de gênero.

Pela violação dos referidos direitos fundamentais é possível constatar que há uma inconstitucionalidade por omissão do Estado em não incluir nas diretrizes curriculares a



discussão acerca de gênero, a qual é meio eficaz para redução de desigualdades e conscientização da população.

Sem prejuízo disto, vale lembrar também que o Brasil é signatário da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, a qual está incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 4.377 de 2002.

Sem confundir os conceitos entre direitos fundamentais e direitos humanos, faz-se crucial elucidar a aludida Convenção em razão de sua especificidade na proteção dos direitos das mulheres. Sobre esta diferenciação de conceitos, Nunes Junior afirma que:

(...) os direitos humanos remetem a um esforço de criação de um sistema transnacional, supraconstitucional, que tem por escopo policiar a fazer cumprir as normas protetivas da dignidade humana em todos os Estados. Observe-se então, que o principal traço diferencial não consiste exatamente nos distintos documentos que os hospedam: a Constituição (direitos fundamentais) ou as declarações e convenções (direitos humanos), mas sim na função que estão predispostos a cumprir. (NUNES JUNIOR, 2009, p.24)

Assim, importante trazer o teor da Convenção em epígrafe para este trabalho, mormente em razão de sua especificidade na proteção aos direitos da mulher. Ou seja, o referido tratado, ao estatuir especificamente direitos humanos das mulheres, tem uma função de complementação e suplementação da ordem interna, a qual não os protege com tamanha singularidade.

Segundo Weis, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher abriu espaço para a criação de um sistema específico de proteção às mulheres, a qual seja “talvez a que mais obstáculos encontra para desfrutar dos direitos humanos em igualdade de condições, objetivo ainda distante”. (WEIS, 2010, p.106).

Em razão do objeto do presente trabalho, vale destacar o estatuído no art. 5º, alíneas “a” e “b”, assim como o previsto no artigo 10, alínea “c” da referida Convenção, os quais prescrevem que:

Art. 5º - Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para:

- a) modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.
- b) garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres, no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.

Art. 10 – Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres:

(...)

- c) a eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino, mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino.



Constata-se, portanto, que ao incorporar a Convenção ao ordenamento jurídico brasileiro, o Brasil se obrigou a adotar diversas medidas de cunho educativo com o escopo de alcançar a igualdade material entre os gêneros.

Esclarece-se, ainda, que a referida Convenção, segundo posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, possui caráter de norma infraconstitucional, mas supralegal. (PIOVESAN, 2012, p.135).

Desta feita, conclui-se que o Estado brasileiro deve proteger o direito à vida e à igualdade material entre homens e mulheres, bem como em relação a todas as pessoas com as mais diversas identidades de gênero.

Ao não incluir nas normas de direito educacional a discussão de gênero, o poder público falha e protege insuficientemente tais direitos. Assim, à luz do princípio da proporcionalidade, mais precisamente de sua faceta positiva (proibição da proteção insuficiente), há uma inconstitucionalidade por omissão ao não se discutir gênero no ambiente escolar, razão pela qual passar-se-á ao estudo do referido princípio.

O Princípio da Proporcionalidade

Segundo Guerra Filho, o princípio da proporcionalidade, o *Grundsatz der Verhältnismässigkeit* do direito alemão, é uma máxima fundamental para a ordenação do relacionamento do estado com os indivíduos a ele submetidos, tanto em seu conjunto como isoladamente considerados, ao propor uma compatibilidade das razões de Estado, desde quando ainda era aceito que fossem invocadas, com a realização das finalidades da existência humana. (GUERRA FILHO, 2018, p.65)

A origem da proporcionalidade remonta à Grécia antiga, em que já se encontrava expressa a ideia de que o Direito é algo que deve ser revestir de uma utilidade para os indivíduos reunidos em comunidade, em cujo bem-estar ele tem a sua *ultima ratio*. Já no antigo direito romano, também é possível identificar manifestações do princípio da proporcionalidade nas regras empregadas pelo pretor para computar em seu “*quanti interst*” as parcelas de débito, obrigações de fazer, delito privado ou indenização acarretadas por um mesmo infrator. (GUERRA FILHO, 2018, pp.66-67)

O aludido autor afirma que:

A conclusão a que se chega nessa breve reconstituição histórica, tentativa de focalizar a ideia de proporção nos arquétipos do pensamento jurídico ocidental, é a de que essa praticamente se confunde com a própria ideia do <<direito>>, o *aequum*, o *khanón*, a *regula*, materializada simbolicamente no *equilibrium* da balança que porta Thémis. Não é à toa, portanto, que em diversas tentativas de captar a essência do Direito se encontre, expressa ou latente, a noção de proporcionalidade. (GUERRA FILHO, 2018, pp.67-68)

A ideia de proporcionalidade, portanto, confunde-se, em sua origem, com o nascimento do moderno Estado de Direito, baseado numa constituição, a qual visa à manutenção do equilíbrio entre os diversos poderes, bem como o respeito mútuo entre o Estado e os indivíduos a ela submetidos, aos quais são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.



No Estado Moderno, inicialmente, o princípio da proporcionalidade foi tratado como atinente à regulamentação da atividade policial. Posteriormente, foi consagrado no direito administrativo, como desdobramento do princípio da legalidade. Mais tarde, com o controle jurisdicional, foi necessário criar instrumentos adequados para impedir a atuação desviada do Poder Público em relação aos fins das leis ou à atuação que se mostrasse prejudicial aos direitos fundamentais. (BARROS, 1996, p.35)

A transposição do princípio da proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional, em que, posteriormente, pode vir a ser identificado nos demais setores do Direito, se deve em grande parte ao posicionamento assumido em relação a isso pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Foi na Alemanha que o princípio da proporcionalidade se aprofundou, não só na doutrina, como também na jurisprudência. A partir do direito administrativo, o aludido princípio assumiu posição de revelo no Direito Constitucional, em meados da segunda metade do século XX.

Em 16 de março de 1971, foi a primeira vez em que a Corte Constitucional alemã definiu, com clareza, o teor do princípio da proporcionalidade:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que limitasse ou limitasse de maneira sensível o direito fundamental (BVerfGE 30, 316).

No tocante ao fundamento do princípio da proporcionalidade, há divergência doutrinária. Alguns o atribuem como decorrência dos direitos fundamentais ou mesmo da dignidade da pessoa humana. Já outros autores, como Gilmar Mendes, (MENDES, 1990, p.204) aduzem que este deriva do Estado de Direito.

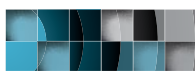
Já para Guerra Filho, essa discussão tem importância apenas doutrinária, porquanto, na prática, à luz da reiterada jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, não resta dúvida quanto a sua inserção na base do ordenamento jurídico. (GUERRA FILHO, 2018, p.72)

A partir desse entendimento, o referido autor defende que, no Brasil:

(...) a ausência de uma referência explícita ao princípio no texto da nova Carta não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva, pois ao qualificá-lo como ‘norma fundamental’ se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo ‘posta’ (positivada) e ‘pressuposta’ (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo). (GUERRA FILHO, 2018, p.88)

Ainda dissertando sobre o assunto, prossegue o autor:

Em consequência desse posicionamento, não se mostra necessário, nem mesmo correto, procurar derivar o princípio de proporcionalidade de um outro qualquer, como o do Estado de Direito, ou dos direitos fundamentais, para lhes atribuir caráter constitucional. Aí haveria, na verdade, um enfoque distorcido da questão, pois a opção do legislador constituinte brasileiro por um ‘Estado Democrático de Direito’ (Art. 1º), com objetivos que na prática se conflitam (Art. 3º), bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais (Art. 5º), co-implica na adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais, e, ao mesmo



tempo, voltado para a proteção daqueles direitos. (GUERRA FILHO, 2018, p.88)

Afere-se, assim, que o princípio da proporcionalidade encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro. Para sua utilização no direito constitucional, deve-se apreciar suas três máximas parciais, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Uma medida adequada é aquela na qual se atinge o fim almejado, ou seja, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado. Segundo Mendes, “o subprincípio da adequação exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos”. (MENDES; BRANCO, 2011, p.257)

Por sua vez, o subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. (MENDES; BRANCO, 2011, p.257) A necessidade exige que, dentre os meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que tenha intervenção menos intensa.

Já a proporcionalidade em sentido estrito significa que as vantagens da medida irão superar suas desvantagens, preservando-se o núcleo o direito fundamental atingido.

Explica Alexy que:

Como mandamentos de otimização, princípios exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas. Essas últimas são determinadas sobretudo pelos princípios colidentes. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. (ALEXY, 2017, p.593)

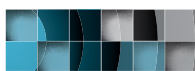
Segundo o referido autor, a lei do sopesamento pode ser dividida em três passos. No primeiro, é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio. (ALEXY, 2017, p.594)

Salienta-se ainda que a doutrina identifica uma dupla faceta no princípio da proporcionalidade, o qual deve proibir o excesso e também proibir a proteção insuficiente.

O Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente

No pensamento liberal, o princípio da proporcionalidade estava ligado apenas ao conceito de proibição de excesso por parte do Estado (proteção negativa ou vertical). Todavia, seu contrário surge com a modificação dos paradigmas do Direito, passando-se a exigir do Estado a proteção e prestação dos Direitos Fundamentais. (BERTUSSO; BARACAT, 2016)

Os contextos históricos pelos quais passaram os países europeus foram de grande monta para o desenvolvimento dessa nova visão dos direitos fundamentais. A partir daí, o Direito



Constitucional alemão e, também, outros sistemas estrangeiros, passaram a adotar – mesmo que implicitamente – a ideia de direitos prestacionais por parte do Estado.

Sobre o assunto, Streck conclui que “o desenvolvimento dos direitos fundamentais como direitos de necessária e obrigatória proteção surgiram como um desdobramento na concepção da noção de proporcionalidade: a *infraproteção* passaria a ser também objeto de inconstitucionalidade”. (STRECK, 2008, p.84)

A proibição da proteção insuficiente, ainda que sem essa denominação, foi abordada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional alemão em 25 de fevereiro de 1975 (BVerfGE 39,1).²

Para Ingo Sarlet, (SARLET, 2009, p.396) o princípio da proporcionalidade, instrumento metódico do controle dos atos (comissivos ou omissivos) dos poderes públicos, atua tanto na dimensão negativa dos direitos fundamentais, quanto na dimensão positiva, ou seja, tanto nos deveres de proteção como nos imperativos de tutela.

Ao efetivar seus deveres de proteção, se o Estado ofender de forma desproporcional algum direito fundamental, o princípio da proporcionalidade atuará em seu aspecto negativo, ou seja, na proibição de excesso. Em sentido contrário, se o Estado frustrar seus deveres, omitindo-se de prestá-los ou prestando-os de forma insuficiente, o princípio da proporcionalidade atuará em seu aspecto positivo, devendo intervir ante a insuficiência estatal, exigindo que o dever de prestação não se conforme aquém do mínimo constitucionalmente determinado.

O princípio da proibição de proteção insuficiente consiste na aplicação do aspecto positivo do princípio da proporcionalidade, exigindo do Estado atuação para a proteção dos direitos fundamentais e também para a promoção de direitos e prestações, em especial os direitos sociais.

Para Canotilho, o princípio da proibição por defeito diz respeito à deficiência no cumprimento do dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, porquanto cabível ao Poder Público a adoção de medidas suficientes de natureza normativa e material. (CANOTILHO, 1999, p.267)

Macêdo salienta que:

Quando há, contudo, a violação ao princípio da proibição do déficit de proteção, não atingindo, o Estado, um padrão mínimo de garantia, ainda que houvesse condições de proporcionar, torna-se possível deduzir uma pretensão em juízo, posto que se estará diante de uma inconstitucionalidade por omissão (MACÊDO, 2014).

No Brasil, a proibição da proteção insuficiente foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal pela primeira vez, em 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário 418.376-5.³

O STF ainda utilizou o referido princípio em mais quatro oportunidades: na Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 3.510, no Habeas Corpus de número 104.410, no julgamento conjuntos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de número 4.424 e 19 e no Recurso Extraordinário de número 103.539. (MACÊDO, 2014)



Estabelecido o significado do princípio da proibição da proteção insuficiente, far-se-á uma análise acerca de sua aplicação ao dever estatal em promover a educação de gênero no ambiente escolar.

A Proteção Insuficiente do Estado ao não Promover a Educação sobre Gênero

Foi abordado no presente trabalho a omissão estatal ante o histórico de violações a direitos fundamentais, em razão da discriminação em função do gênero ou da identidade de gênero.

Dentre os direitos fundamentais, afigura-se evidente desrespeito ao direito à vida e ao direito à igualdade. Há também o descumprimento estatal da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.

Ao não promover educação sobre gênero, o poder público se omite, mesmo diante deste histórico de violações de direitos. Isso, por si só, já constitui motivo suficiente para o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão do Estado. Inobstante a isso, este trabalho analisará também a referida omissão estatal à luz do princípio da proporcionalidade, mormente em sua acepção positiva, qual seja a da proibição da proteção insuficiente.

Para tanto, devem ser analisadas as três máximas parciais da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação à adequação, verifica-se que a educação é meio de transformação social, capaz não só de reproduzir, mas também de produzir conhecimento.

Ao inserir a educação sobre gênero nas escolas, será possível ampliar os horizontes nesta área, além de conscientizar não só os alunos, mas também os professores.

Desta forma, afere-se que a inclusão de educação sobre gênero é meio adequado para reduzir ou mesmo erradicar as desigualdades existentes em razão da discriminação de gênero ou da identidade de gênero.

Prova disso, é o dado já abordado no presente trabalho de que, na medida em que o grau de instrução se eleva, menor é a diferença entre homens e mulheres em relação aos afazeres domésticos. (SENADO NOTÍCIAS, 2018)

No tocante à necessidade, esta exige que, dentre os meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que tenha intervenção menos intensa.

Neste ponto, elementar esclarecer que a educação é o meio menos interventivo e mais eficaz ao fim almejado. Sem prejuízo de outras medidas a serem adotadas, estas poderiam intervir diretamente na liberdade de contratar ou mesmo na ampliação de sanções penais, cíveis e administrativas pelo poder público.

Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é possível verificar que as vantagens desta medida superam suas desvantagens (se é que estas existem).

Um primeiro argumento contrário à inclusão de gênero na educação seria de ordem orçamentária. No entanto, a inclusão deste tema se daria de modo a aproveitar toda a estrutura



existente para a educação regular. Assim, os eventuais gastos com esta medida seriam irrelevantes se comparados à importância da questão.

Outro argumento contrário e talvez mais consistente seria o da violação à liberdade do educador ou educadora, assim como o da preservação da ordem familiar.

Em relação à liberdade, não há qualquer conflito de normas. Isso porque a educação sobre gênero pode envolver diversas linhas de pensamento. Um educador ou uma educadora podem abordar, por exemplo, a Teoria Queer e defender sua inaplicabilidade diante de referenciais teóricos em sentido diverso.

A educação sobre gênero deve promover a discussão e levantamento de todas as obras e pesquisas sobre o tema, proporcionando a professores e alunos uma ampla visão acerca das questões envolvidas.

Já no que tange à preservação da ordem familiar, alguns críticos poderiam argumentar que a educação sobre gênero poderia mudar o *status quo* da instituição familiar, modificando o conceito atual de *família* e os papéis exercidos por homens e mulheres. Neste ponto, há uma colidência de princípios, a qual será analisada pela lei do sopesamento encontrada na obra de Alexy.

Inicialmente, deve-se avaliar o grau de afetação de um princípio. Neste ponto, a educação sobre gênero, de fato, causará mudanças na ordem familiar estabelecida. Ao questionar os papéis masculinos e femininos na sociedade, bem como reconhecendo identidades de gênero diversas das tradicionalmente conhecidas, haverá uma modificação na instituição familiar.

Por não se tratar de extinção da referida instituição, mas sim de uma mera modificação, este trabalho classificará a intervenção como baixa. Ressalta-se que o art. 226, §5º, da Constituição Federal já preconiza a igualdade entre homens e mulheres nos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Como segundo passo, deve ser avaliada a importância da educação sobre gênero. Sua relevância decorre do histórico já abordado de violação a direitos fundamentais em razão da discriminação de gênero ou identidade de gênero.

A discussão de gênero tem por finalidade reduzir ou até erradicar tais desigualdades, visando à preservação do direito à vida e à igualdade, mormente em relação às mulheres e pessoas transgêneras.

Assim, tendo em vista que se trata da preservação de direitos elementares e de fundamental importância, este trabalho classificará a relevância da educação sobre gênero como alta.

Finalizadas as duas primeiras etapas, justifica-se a intervenção, porquanto se classificou a educação sobre gênero como de alta importância e a preservação da ordem familiar como de baixa importância. Salienta-se mais uma vez que não se trata de erradicar a instituição *família*, preservando-se seu núcleo essencial. Pelo contrário, trata-se apenas da modificação de seu conceito, em virtude do questionamento do gênero como construção social e não decorrente de fatores estritamente biológicos.



Conclusões

O conceito atual de gênero é fruto de estudos feministas e foi aprimorado pela Teoria Queer ao entendê-lo para além do binômio masculino e feminino. A partir disso, é possível concebê-lo como construção social e histórica, não decorrente de fatores exclusivamente biológicos.

A discussão sobre gênero deve ser incluída no ambiente escolar, para possibilitar uma maior conscientização do assunto por professores, alunos e, conseqüentemente, pela sociedade brasileira como um todo.

A educação tem papel de transformação social. Por isso, um ensino que inclua o referido tema poderá diminuir e até erradicar as desigualdades existentes entre os gêneros masculino e feminino, assim como com a discriminação em relação a pessoas que têm identidades de gênero diversas das comumente conhecidas.

Foram abordadas no presente trabalho as decorrentes violações de direitos fundamentais, em especial do direito à vida e integridade física e do direito à igualdade, em razão da discriminação baseada no gênero e identidade de gênero.

Como decorrência deste histórico de violações de direitos, o Estado tem o dever de tomar medidas visando erradicá-las, dentre as quais se afigura como adequada e necessária a educação sobre gênero.

Após um breve estudo sobre o princípio da proporcionalidade, em especial de sua faceta positiva, a proibição da proteção insuficiente, constatou-se que a educação sobre gênero é proporcional, ou seja, é adequada, necessária e respeita a proporcionalidade em sentido estrito.

Desta feita, resta evidente a existência do dever estatal em promover a educação sobre gênero com o fito de erradicar ou, ao menos diminuir, as violações de direitos baseadas no gênero e na identidade de gênero, como forma de proteger suficientemente a vida e integridade física, bem como promover a igualdade material entre homens e mulheres e de todas as pessoas que possuem as mais diversas identidades de gênero.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Trad. Sérgio Milliet. v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BENTO, Berenice. *Na escola se aprende que a diferença faz a diferença*. Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v19n2/v19n2a16.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2018.



BERTUSSO, Magna Boeira. BARACAT, Eduardo Milléo. *Princípio da Vedação de Proteção Insuficiente Aplicável ao Delito de Redução de Pessoa à Condição Análoga a de Escravo*. 2016. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1729-5391-1-pb.pdf>> Acesso em 05 mai. 2018.

BOHM, Alessandra Maria. *Os “Monstros” e a Escola: identidade e escolaridade de sujeitos travestis*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/29931/000778482.pdf?sequence=1>> Acesso em 10 mai. 2018.

BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 14 ed. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

ESTADÃO. *Em números: a violência contra a mulher brasileira*. São Paulo, 07 set. 2017. Disponível em <<http://emails.estadao.com.br/blogs/nana-soares/em-numeros-a-violencia-contra-a-mulher-brasileira/>>. Acesso em 10 maio. 2018.

GELEDÉS INSTITUTO DA MULHER NEGRA. *Acesso ao emprego ainda é a principal demanda do movimento trans, por Walber Pinto*. São Paulo, 30 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.geledes.org.br/acesso-ao-emprego-ainda-e-principal-demanda-do-movimento-trans-por-walber-pinto/#gs.null>>. Acesso em 14 mar. 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 7 ed. São Paulo: SRS, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em 10 mai. 2017.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, Sexualidade e Educação: uma perspectiva pós-estruturalista*. 16 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

MACÊDO, Fabrício Meira. *O Princípio da Proibição da Insuficiência no Supremo Tribunal Federal*. 2014. Disponível em <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf> Acesso em 05 mai. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

ONU BR NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Violência contra pessoas trans é ‘extremamente alta’ nas Américas, apontam ONU e parceiros*. Brasília, 18 abr. 2016. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/violencia-contra-pessoas-trans-e-extremamente-alta-nas-americas-apontam-onu-e-parceiros/>>. Acesso em 10 mai. 2018.



PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANCHES, Patrícia Corrêa. *Mudança de nome e da identidade de gênero*. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SENADO NOTÍCIAS. *Divisão de tarefas domésticas ainda é desigual no Brasil*. Brasília, 08 maio. 2018. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/divisao-de-tarefas-domesticas-ainda-e-desigual-no-brasil/divisao-de-tarefas-domesticas-ainda-e-desigual-no-brasil>>. Acesso em 10 maio. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Maria Luiza Schafer. *O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2008. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2428/MariaStreckDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 04. Maio 2018.

VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Os princípios fundantes*. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WEIS, Carlos. *Direito Humanos Contemporâneos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Notas

¹ Neste estudo, o IBGE também analisou os dados de acordo com o recorte de gênero, referindo-se “às diferenças socialmente construídas em atributos e oportunidades associadas com o sexo feminino ou masculino e as interações e relações sociais entre homens e mulheres”. As questões concernentes a novas identidades de gênero para além do binômio masculino/feminino não foram abordadas pelo IBGE, não obstante a relevância do tema.

² Especificamente, travou-se a discussão em torno da possibilidade de aborto no primeiro trimestre de gestação, que culminou em decisão pela inconstitucionalidade da lei de reforma do Código Penal Alemão. Posteriormente, após nova reforma na legislação, houve novo julgado (BVerfGE 88, 203) reconhecendo o liame entre o princípio de proibição de proteção insuficiente e os direitos fundamentais.

³ Neste julgado, o Ministro Gilmar Mendes tratou da proibição da proteção insuficiente como de grande importância para a aplicação dos direitos fundamentais de proteção, que se consubstanciam nos casos em que o Estado não poderia abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. O caso se referia à possibilidade de aplicação analógica da união estável ao casamento como causa de extinção da punibilidade prevista à época no Código Penal brasileiro em seu artigo 107, VII.



A atuação da Defensoria Pública na consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro

*The role of the Public Defender in the consolidation of
International Human Rights Law in the Brazilian legal system*

Davi Quintanilha Failde de Azevedo

Defensor Público do Estado de São Paulo, Coordenador Auxiliar do Núcleo
Especializado de Cidadania e Direitos Humanos
dqazevedo@defensoria.sp.def.br

RESUMO

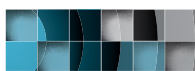
O presente ensaio analisa brevemente o ensino jurídico dos direitos humanos no Brasil e como a disciplina tem sido cobrada no concurso de ingresso das carreiras jurídicas, apontando as Defensorias Públicas como instituição que vem exigindo conhecimento mais aprofundado na temática. Tal exigência é justificada a partir da constatação de que as Defensorias Públicas têm contribuído no processo de consolidação do Direito internacional dos Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro, seja pela sua atuação prática no exercício do controle de convencionalidade, seja pelas iniciativas de educação em Direitos.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Defensoria Pública. Controle de Convencionalidade.

ABSTRACT

This essay briefly analyzes the legal teaching of human rights in Brazil and how the discipline has been required to the entrance in legal careers, pointing out the Public Defender's Office as an institution that has been demanding more in-depth knowledge on the subject. Such a requirement is justified by the fact that Public Defender's Office have contributed to the process of consolidating international human rights law in the Brazilian legal system, either through its practical action in the exercise of conventional control or through rights education initiatives.

Keywords: *International Human Rights Law. Public Defender's Office. Conventional Control.*



Introdução

A consolidação dos Direitos Humanos no Brasil depende de uma série de fatores, dentre eles o fortalecimento da educação em Direitos Humanos e a existência de instituições nacionais fortes que fomentem a aplicação de tratados sobre a matéria, exigindo dos poderes instituídos a observância de parâmetros internacionais na consecução de suas atividades.

Em relação à educação em Direitos Humanos, mesmo nas faculdades de Direito, local onde supostamente seria esperado o ensino mais aprofundado da disciplina, o que se percebe é o desconhecimento ou um conhecimento muito superficial do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que acaba por não contribuir para sua real efetivação.

Nesse contexto não muito animador, as Defensorias Públicas têm exigido cada vez mais em seus concursos de ingresso na carreira, um conhecimento aprofundado de toda a construção histórica, filosófica e legal dos Direitos Humanos, buscando fomentar o controle de convencionalidade¹ do direito produzido internamente. Esse fomento se dá tanto na formação interna de seu quadro de servidores, como na realização de eventos externos voltados à população em geral. Além da aplicação de tratados internacionais na prática, com o desenvolvimento de teses fundamentadas no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

1. Aprendizado dos Direitos Humanos no Brasil: da graduação em Direito ao ingresso em carreiras jurídicas

1.1 Breve Contextualização do Ensino Jurídico no Brasil

O Brasil possui mais de 1 (um) milhão de advogados e advogadas², sendo que no começo de 2017 contava com 79,7 milhões de processos judiciais em tramitação³. Tais números isoladamente poderiam levar a crer que há uma grande quantidade de profissionais habilitados a pleitear judicialmente a reparação de violação de direitos e um judiciário com uma capacidade enorme de absorção de demandas. Todavia, paradoxalmente, neste mesmo país, os que se verifica são violações sistemáticas de Direitos Humanos⁴.

Desse modo, é importante analisar como se dá a formação dos profissionais que atuam no sistema de justiça e perquirir, ainda que de forma perfunctória, como se dá o ensino jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas faculdades de Direito e mesmo as políticas de educação em Direitos Humanos voltados à população em geral.

O Brasil possui por volta de 1.200 faculdades de Direito⁵ públicas e privadas, sendo que dessas, apenas 142 foram recomendadas pela Ordem dos Advogados do Brasil em 2016⁶. Nos Estados Unidos, para efeitos comparativos, existem 204 faculdades aprovadas pela *American Bar Association (ABA)*⁷, condição essa para o seu funcionamento, sendo que fora dessas existem apenas 12 que são por correspondência ou que oferecem ensino à distância, possuindo registro apenas no *Committee of Bar Examiners of the State Bar of California*⁸, exceção à regra de registro na *ABA* que também permite o funcionamento da instituição de ensino, mas como entidade não registrada.



Apesar do grande número de cursos de Direito no Brasil, o fato de apenas 10% deles terem recomendação da OAB, a qual utiliza como critérios a aprovação no exame de Ordem e a nota no Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade), levanta dúvidas sobre a própria qualidade dos cursos disponíveis.

A questão é ainda mais complexa, pois há críticas até mesmo no formato em que os cursos jurídicos são formulados no Brasil, não se voltando à busca para solução de problemas reais da sociedade, mas produzindo um conhecimento para manutenção e perpetuação de certas estruturas de poder. Em suma, o conhecimento jurídico encontra-se “aprisionado por um discurso liberal conservador e por uma pedagogia dogmática e formalista”⁹, o que torna evidente uma crise de valores e de caráter mais estrutural.

1.1.1 O Ensino do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas Faculdades de Direito do Brasil

O Conselho Nacional de Educação e a Câmara de Educação Superior fixaram, na Resolução CNE/CES Nº 9, de 29 de setembro de 2004¹⁰, as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito. Tal Resolução previu em seu artigo 5º, inc. II as matérias Direito Constitucional e Direito Internacional, mas não uma matéria específica de Direitos Humanos ou uma diretriz da necessidade de seu ensino de maneira transversal¹¹.

Importante delimitar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser definido como um conjunto de direitos e faculdades que protege a dignidade do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas. Trata-se de ramo do Direito Internacional consistente em um conjunto de normas jurídicas internacionais que cria e processa obrigações do Estado em respeitar e garantir certos direitos a todos os seres humanos sob sua jurisdição, sejam eles nacionais ou não¹².

Na prática, o ensino de temas relacionados aos Direitos Humanos acaba sendo realizado dentro da disciplina de Direito Constitucional, como Direitos Fundamentais (entendidos como os direitos humanos estabelecidos na Constituição), ou como parte do Direito Internacional, geralmente focado em sistemas internacionais de proteção e a alguns tratados.

Por outro lado, há 166 cursos de especialização na área do Direito voltados ao tema de Direitos Humanos registrados no Ministério da Educação¹³, o que demonstra que há procura por tal conhecimento mais aprofundado. Um dos fatores que poderia explicar esse fenômeno é a crescente cobrança da matéria Direitos Humanos nos editais de concursos para ingresso em diversas carreiras jurídicas.

1.2 O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Carreiras Jurídicas no Brasil

Como já delineado, apesar de um cenário não muito animador e de inexistir uma matéria específica apenas voltada ao Direito Internacional dos Direitos Humanos na grade curricular e que seja de maneira obrigatória em todos os cursos de graduação em Direito, desde o Provimento 136 de 2009 (art. 6º, §1º) do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do



Brasil, 15% das questões da prova objetiva para admissão nos quadros da advocacia devem tratar da disciplina Direitos Humanos, ainda que em conjunto com Ética Profissional¹⁴.

Nesse mesmo sentido, ainda em iniciativa tímida, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 230 de 22 de junho de 2016, com o intuito de incluir questões sobre os direitos de pessoas com deficiência em todos os concursos público do Poder Judiciário. Desde a edição do artigo 19 da Resolução nº. 230/2016 do CNJ, este tema em específico passou a ser obrigatório nos editais para ingresso nos quadros de pessoal de tribunais federais, estaduais, eleitorais e trabalhistas¹⁵.

Apenas para efeitos comparativos, no caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a matéria Direitos Humanos está presente desde o primeiro concurso ocorrido em 2006, sendo que no último, o VII Concurso Público para Ingresso na Carreira de Defensor, houve ainda maior cobrança de tal conteúdo. Ao todo, foram 10 pontos no edital com aproximadamente 70 (setenta) assuntos diferentes, de modo que a disciplina vem ganhando mais corpo, abarcando também temas relacionados aos fundamentos filosóficos e históricos dos Direitos Humanos, contando com 8 (oito) questões objetivas, além de duas questões dissertativas e também uma arguição oral¹⁶.

O Ministério Público de São Paulo, por sua vez, conta com 4 (quatro) questões objetivas na primeira fase do concurso e apenas 11(onze) pontos, sem subdivisões, totalizando onze assuntos na matéria, muitas deles voltadas para questões de direito interno (Sistema Único de Saúde e Sistema Único da Assistência Social) e não propriamente de Direito Internacional dos Direitos Humanos ou filosofia dos Direitos Humanos¹⁷.

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, em seu último concurso de ingresso à carreira, traz a matéria Direitos Humanos dentro do conteúdo programático de Noções Gerais de Direito e Formação Humanística, no subtema Teoria Geral do Direito e da Política, existindo apenas 3 pontos voltados à temática: a) direitos fundamentais, direitos humanos e direito natural; b) A Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU); c) Sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos¹⁸.

No âmbito do Judiciário, uma iniciativa relevante, não relacionada ao ingresso na carreira, foi a instituição do I Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça. O concurso teve o objetivo de promover a premiação de juízes ou órgãos do Poder Judiciário que tenham proferido decisões que efetivem a promoção dos direitos humanos e a proteção às diversidades e às vulnerabilidades¹⁹.

As Defensorias Públicas, todavia, não possuem um Conselho Nacional como o Ministério Público ou o Judiciário, mas no âmbito do Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais, a Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana conta com duas subcomissões criadas em 2016, uma sobre Educação em Direitos e outra sobre Direito Internacional dos Direitos humanos²⁰. A primeira com a finalidade de fomentar atividades de educação em Direitos e criar um conteúdo mínimo em Direitos Humanos a ser previsto em editais de concurso para ingresso na carreira e a segunda para compilar as atuações de acionamento de sistemas internacionais por meio das Defensorias Públicas.



Assim, é possível concluir que a Defensoria, ao menos em São Paulo, já no processo de escolha de seus membros, tenta dar grande atenção ao conhecimento técnico aprofundado na área de Direitos Humanos. Nesse contexto, há perspectivas de que instituições nacionais como a Defensoria Pública fomentem o processo de consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos por meio de sua atuação prática e pelo seu próprio papel de educação em Direitos Humanos.

2. O papel da Defensoria Pública na consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil

2.1 A Atuação Prática da Defensoria Pública na efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos

A Defensoria Pública, como instituição pública essencial à função jurisdicional do Estado brasileiro, segundo o art. 134 da Constituição Federal é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

A Lei Orgânica das Defensorias (Lei Complementar 80/94, com Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009) também dispõe em seu art. 3ºA, que: “São objetivos da Defensoria Pública: III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos” e em seu Art. 4º que: “São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos”.

Destaque-se ainda que a Defensoria Pública, após sucessivas reformas legislativas e de envergadura constitucional, firmou como missão institucional a defesa dos direitos humanos, passando a exercer funções típicas de verdadeiro *ombudsman*. O *ombudsman* é um profissional que atua em uma agência estatal independente encarregada de verificar possíveis ilegalidades e violações de direitos cometidas pelo Estado²¹.

Assim, pese o fato da Defensoria Pública ser órgão do Estado, tal instituição frequentemente exerce função contramajoritária, colocando-se contrária às violações perpetradas pelo próprio poder estatal. Desse modo, o defensor público possuiria, além de mandamento legal, condições plenas de efetivar o *jus standi* às vítimas de violações de direitos humanos (acesso direto ao sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos). Frise-se que a Defensoria é a única instituição do Estado brasileiro com previsão legal nesse sentido, não havendo previsão desse tipo de atuação para o Ministério Público.



2.1.1 O uso do Direito Internacional dos Direitos Humanos em casos sob jurisdição brasileira pela Defensoria Pública

Internamente, os defensores públicos e defensoras públicas fundamentam suas manifestações com base em tratados de direitos humanos e resoluções disponíveis no sistema universal e interamericano dos direitos humanos. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo inclusive possui tese institucional, a qual vincula todos os membros da instituição, no seguinte sentido: “O defensor público, toda vez que apresentar impugnação de qualquer decisão judicial, deverá utilizar, sempre que possível, como fundamento, algum dispositivo de tratado de direitos humanos (ratificado e assinado pelo Brasil), objetivando a efetiva aplicação destes diplomas no Brasil e também para que eventualmente possa apresentar o caso perante o sistema regional de proteção de direitos humanos²²”.

A título exemplificativo, em um dos casos em que foi pleiteada a desinternação progressiva realizado pelo Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Franco da Rocha II, a defensora pública responsável argumentou na ação que “a desinstitucionalização é a regra na psiquiatria moderna” e que “esse é um dos princípios da Declaração da ONU sobre proteção de pessoas acometidas por transtornos mentais (...)”²³.

A fundamentação em direitos humanos também ocorre em casos individuais de reparação contra o Estado, como no caso de pichador morto por policiais militares. A ação destacou normas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que sustentam o princípio da dignidade humana e o direito à vida como fundamentais²⁴.

Em outro caso individual divulgado, a Defensoria Pública de São Paulo ingressou em 2013 com uma ação na comarca de Amparo (138km da Capital) para tentar impedir uma laqueadura forçada em uma mulher que vive na cidade. A ação fez referência ao direito internacional dos direitos humanos, sobretudo a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, que veda tratamento inferiorizante às pessoas com deficiência mental, assentando autonomia dos deficientes e sua liberdade de fazer suas próprias escolhas, o direito à proteção da integridade física e mental e mais especificamente, o direito de casar, estabelecer família, decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o direito de conservar sua fertilidade em igualdade de condições com as demais pessoas²⁵.

Em relação à situação do sistema carcerário, o direito internacional dos direitos humanos é comumente invocado, mormente as Regras Mínimas da ONU para Tratamento de Presos. Nesse sentido, já ocorreu o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas para o fornecimento pelo Estado de alimentação, vestuário e produtos de higiene aos presos são direitos garantidos em Ribeirão Preto²⁶, ou para garantia do acesso à saúde em Osasco²⁷, São Vicente²⁸, Avaré²⁹ e Serra Azul³⁰. As regras mínimas de tratamento de presos também serviram como fundamento de outras ações coletivas em benefício da população carcerária após epidemia de sarna³¹, superlotação³².

Ainda envolvendo o sistema penitenciário, vale destacar a Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria de São Paulo para requerer indenização por danos morais em favor de uma ex-



detenta, por ter sido algemada enquanto dava à luz. As Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Mulheres Presas foram usadas como fundamento, por prever expressamente em seu art. 24: “instrumentos de coerção jamais deverão ser usados contra mulheres prestes a dar à luz, durante trabalho de parto, nem no período imediatamente posterior.”³³

Em outra ação coletiva, foi requerida reparação por falta de fornecimento de água quente em presídios, situação que viola também as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos da ONU - art. 13: “as instalações de banho e ducha devem ser suficientes para que todos os reclusos possam, quando desejem ou lhes seja exigido, tomar banho ou ducha a uma temperatura adequada ao clima (...)”.

Ainda sobre a utilização de fundamentos do direito internacional dos direitos humanos, vale ressaltar a atuação da Defensoria em caso individual em que se alegou a inconveniência do crime de desacato. Em decisão do STJ neste caso, o Ministro relator, Ribeiro Dantas, entendeu que a criminalização do desacato atenta contra a liberdade de expressão e o direito à informação. A tipificação penal, ressaltou ele, estaria na contramão do humanismo, “porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”, destacou. “A existência do crime, não raras vezes, serviu de instrumento de abuso de poder pelas autoridades estatais, para suprimir direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão”, complementa. Ele concluiu que a previsão penal do desacato confronta desproporcionalmente a liberdade de expressão prevista pela Convenção Americana de Direitos Humanos³⁴.

Este caso demonstra a importância do desenvolvimento de teses embasadas no Direito Internacional dos Direitos Humanos, que pode inclusive modificar a jurisprudência interna sobre determinado assunto e fomentar o controle de convencionalidade.

Além da atuação judicial, a Defensoria também atua extrajudicialmente para que os compromissos internacionais relativos aos Direitos Humanos sejam implementados internamente. A respeito das audiências de custódia, vale registrar as articulações realizadas pela Defensoria sempre no sentido de que o Brasil cumprisse o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU), em seu artigo 9.3, e na Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA), no artigo 7.5, que preveem a condução sem demora de toda pessoa presa à presença de um Juiz. Nesse sentido, em 2014, foi enviado um ofício ao Senado Federal solicitando a aprovação urgente do Projeto de lei nº 554/2011 sobre as audiências de custódia³⁵.

Na linha de contribuir com a apuração e levantamento de dados de violações de Direitos Humanos, a Defensoria paulista também já recebeu visita do relator especial da ONU para o direito à educação em 2013, tal reunião teve como finalidade debater a atuação da Defensoria em casos que envolvem o direito à educação, de maneira mais específica, a judicialização de pedidos por falta de vagas em creches, a dificuldade de acesso à educação infantil e a qualidade do ensino público foram os principais temas abordados, além da educação religiosa e de pessoas que vivem em comunidades quilombolas³⁶.



2.1.2 O acionamento do Sistema Internacional de proteção de Direitos Humanos

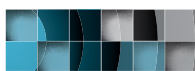
A Defensoria atua tanto no contencioso, com denúncias de demandas individuais e coletivas perante os sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, como em na produção de relatórios e participação em audiências solicitados por organismos internacionais.

Dentre algumas atuações, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por intermédio de seu Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos e a Regional Infância e Juventude, apresentaram apelo urgente endereçado a Christof Heyns, Relator Especial da ONU sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias, para que o Brasil adote todas as medidas possíveis para acompanhar e garantir uma completa investigação sobre as mortes de quatro jovens moradores da comunidade São Remo, na zona oeste de São Paulo, que foram mortos por policiais militares com 30 tiros ao todo. Várias cápsulas vazias de balas foram encontradas perto das viaturas da Polícia Militar, mas só duas perto da traseira do carro das vítimas, em posição inconsistente com a versão oficial do tiroteio. No apelo urgente foram encontradas outras inconsistências, como o grande número de marcas de tiro no para-brisa do carro dos jovens, contraditório à versão de que eles teriam saído do carro para trocar tiros com os policiais; o fato de um dos corpos ter sido fotografado dentro do veículo e outro caído para fora, mas com os pés para dentro do carro. Também foi apontado o elevado número de marcas de tiro em áreas vitais do corpo das vítimas, a ausência de ferimentos nos policiais e de danos às viaturas³⁷.

Em termos de acionamento do sistema interamericano, a Defensoria de São Paulo já enviou denúncia em 2012 à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) – para contestar uma condenação criminal por desacato, por aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Na representação, a Defensoria Pública pede que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos conclua pela incompatibilidade do artigo 331 do Código Penal brasileiro diante do artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sugerindo que o Brasil retirasse tal artigo do ordenamento jurídico³⁸.

Em igual sentido, A Defensoria Pública da União (DPU) denunciou o Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 2013, por não ter retirado do Código Penal a previsão do crime de desacato a agente público (artigo 331) e por ter condenado uma pessoa à pena de reclusão e multa por este crime³⁹.

O Núcleo de Situação Carcerária e o Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública também encaminharam em março de 2015 à OEA um pedido de concessão de medida cautelar coletiva para que o Brasil deixasse de aplicar a norma que tipifica criminalmente o desacato, prevista no artigo 331 do Código Penal Brasileiro, por violar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992⁴⁰. O pedido foi formulado em complementação à comunicação realizada em agosto de 2012, quando a Defensoria Pública acionou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para contestar uma condenação criminal por desacato, incompatível com o artigo 13 da Convenção, que trata da liberdade de pensamento e de expressão⁴¹.



O Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública de SP também denunciou o Brasil em março de 2015 à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA) em razão dos “crimes de maio”. Grupos de extermínio, supostamente formados por policiais militares, teriam vitimado mais de 100 pessoas em todo o Estado de São Paulo, em sua maioria pardas e negras, sem que os casos fossem devidamente investigados. A denúncia pede que a CIDH reconheça as violações cometidas pelo Estado brasileiro contra as vítimas identificadas e, assim, determine a reparação integral⁴².

Destaca-se também que, após pedido da Defensoria de São Paulo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já concedeu medida cautelar para garantir a preservação da vida e integridade pessoal de adolescentes internados na unidade Cedro da Fundação Casa, pertencente ao complexo Raposo Tavares, na Capital paulista. Os Defensores Públicos que atuam na área de Infância e Juventude na Capital enviaram à Comissão Interamericana um pedido para concessão das medidas, apontando que adolescentes internados naquela unidade da Fundação Casa se encontravam em situação de risco devido ao uso excessivo de força por funcionários, além de utilização de isolamento prolongado e contínuo como punição disciplinar e falta de atendimento médico adequado ante esses episódios de violência⁴³.

O Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos também já elaborou em 2015 um relatório sobre pessoas em situação de rua e direito à moradia, a partir de chamamento da relatora especial Leilani Farha, responsável pela relatoria para moradia adequada como um componente do direito ao adequado padrão de vida e ao direito à não discriminação em tal contexto⁴⁴. A contribuição enviada é citada pela relatora ao basear sua afirmação de que mesmo em locais em que há um investimento em larga escala para moradia adequada, como em São Paulo, Brasil, os interesses do capital especulativo tem dominado⁴⁵.

Em 2016 foi enviado pela Defensoria Pública novo relatório, também para a relatora especial Leilani Farha, sobre a interdependência do direito à vida e moradia adequada para pessoas em situação de rua, estando tal relatório disponível nas respostas enviadas por Instituições Nacionais de Direitos Humanos, inexistindo uma resposta do Estado brasileiro ou de outros órgãos nacionais⁴⁶.

Há também articulações interinstitucionais, que demonstram que não é apenas o Estado de São Paulo que tem iniciativas de tal natureza. Em 2016, as Defensorias do Pernambuco, Minas Gerais e Rio de Janeiro submeteram conjuntamente um relatório para a Revisão Periódica Universal das Nações Unidas a respeito da situação das pessoas com deficiência privadas de liberdade, ressaltando a imposição de medidas de segurança⁴⁷.

Importante também destacar a articulação conjunta da Defensoria Pública de São Paulo e a Defensoria Pública da União ao enviarem ofício ao Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU⁴⁸, expondo a falta de condições de acessibilidade e segurança nas prisões brasileiras para acomodar pessoas com deficiência. O documento também sugere intervenção para que o Brasil, Estado parte da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com



Deficiência, estabeleça medidas para garantir instalações com acessibilidade nas unidades prisionais⁴⁹.

2.1.2.1 Articulação da Defensoria com ONGs na litigância internacional

Em alguns casos, os sistemas internacionais são utilizados a partir de articulações com movimentos sociais e organizações não governamentais justamente para impulsionar e dar visibilidade a ações internas de defesa de direitos humanos, dentre elas destaca-se a Ação Civil Pública sobre manifestações.

Assim, no âmbito do sistema interamericano, a atuação da polícia militar nas manifestações ocorridas em São Paulo de junho de 2013 até o segundo semestre de 2014 foi objeto de audiência ocorrida na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizada em 16/03/2015, em Washington, nos Estados Unidos com a sustentação oral de defensor público. Além da Defensoria Pública, participaram entidades de toda a América Latina, entre elas a Ongs Conectas Direitos Humanos, Artigo 19 e Justiça Global⁵⁰.

A Defensoria Pública de São Paulo foi mencionada no Informe Anual da Relatoria para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA), que destacou a ação civil pública ajuizada pelo Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da instituição pedindo à Justiça a determinação de uma série de medidas para coibir excessos por parte de policiais durante as manifestações públicas⁵¹.

Interessante ressaltar que no bojo de tal Ação Civil Pública, que contou com a participação das ONGs Artigo 19 e Conectas como *Amici Curiae*, houve o envio de uma carta pela relatora especial sobre o direito de reunião pacífica e liberdade de associação, Maina Kai, ao Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Paulo Dimas Mascaretti, em novembro de 2016 sobre a suspensão da decisão tomada no âmbito processo e que visava trazer parâmetros de atuação policial durante manifestações⁵².

A Carta endereçada à presidência do TJSP descreve a proteção garantida pelo art. 21 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e o art. 15 da Convenção Americana de Direitos Humanos, demonstrando desapontamento pela suspensão da decisão de primeira instância, a qual reconhecia a necessidade de desenvolvimento de um plano de ação durante manifestações. A relatora especial reconhece que a decisão de primeira instância trazia elementos para assegurar que a atuação da polícia fosse de acordo com os parâmetros dos direitos internacionais dos direitos humanos, sendo que também encaminhar um documento com a compilação de recomendações práticas para o Brasil.



3. A Educação em Direitos Humanos desenvolvido pela Defensoria Pública na consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil

3.1. Capacitação interna de defensoras e defensores públicos

O Programa de Ação da Declaração de Viena de 1993, considera o ensino, a formação e a informação ao público sobre direitos humanos tarefa essencial para a promoção e a obtenção de relações harmoniosas e estáveis entre as comunidades, bem como para o favorecimento da compreensão mútua, da tolerância e da paz⁵³. Nesse sentido, o Plano Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH 3) previu em sua Diretriz 21, a promoção da Educação em Direitos Humanos no serviço público⁵⁴.

Para tanto, a Defensoria de São Paulo conta com a Escola da Defensoria Pública do Estado (EDEPE), a qual promove a atualização profissional e o aperfeiçoamento técnico dos membros, estagiários e servidores, realizando cursos, conferências, seminários e outras atividades (at. 58, inc. I da LCE 988/2006), contando com os recursos advindos dos honorários recebidos pela instituição.

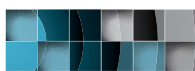
A Defensoria Pública de São Paulo tem envidado esforços como a criação de cursos de capacitação para o acesso ao sistema universal de proteção dos Direitos Humanos⁵⁵, sendo que, predominantemente, o acesso ao sistema interamericano é mais difundido⁵⁶. Apesar de também ser comum que relatores especiais da ONU ministrem palestras na instituição.⁵⁷

3.2 Educação em Direitos Humanos para a população em geral

O mesmo Programa de Ação da Declaração de Viena de 1993 das Nações Unidas já abordado, considera o ensino, a formação e a informação ao público sobre direitos humanos tarefa essencial para a promoção e a obtenção de relações harmoniosas e estáveis entre as comunidades, bem como para o favorecimento da compreensão mútua, da tolerância e da paz⁵⁸. Nesse sentido, o Plano Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH 3) também previu em sua Diretriz 20, o reconhecimento da educação não formal como espaço de defesa e promoção dos Direitos Humanos⁵⁹.

A educação em Direitos Humanos e a educação para a cidadania democrática devem ser uma das principais prioridades dos governos e das organizações não governamentais, pois é uma forma efetiva de combater intolerância, violência, desigualdade e preconceito, assim como outros inimigos ocultos da convivência social. Essa educação deve focar no papel do cidadão na sociedade, promovendo a empatia, proteção da dignidade humana, participação social, igualdade e empoderamento⁶⁰.

A Lei Orgânica das Defensorias (Lei Complementar 80/94, com Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009) dispõe em seu art. 4º que: “São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”.



A Defensoria de São Paulo, criada apenas em 2006 após grande articulação da sociedade civil organizada, em sua Lei Complementar Estadual de São Paulo 988, de 09 de janeiro de 2006, é específica ao determinar em seu art. 5º que são atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: VI – promover: j) trabalho de orientação jurídica e informação sobre Direitos Humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de forma integrada e multidisciplinar”⁶¹.

Além da Escola, no estado de São Paulo, a Defensoria conta ainda com 9 (nove) Núcleos Especializados, dentre eles o de Cidadania e Direitos Humanos - NCDH (art. 52, parágrafo único, 2 da LCE 988/2006), o qual tem como uma de suas atribuições dispostas em seu Regimento Interno (Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública nº 69 de 04 de Abril de 2008), art. 2º, incisos “VIII - informar, conscientizar e motivar a população carente, inclusive por intermédio dos diferentes meios de comunicação, a respeito de seus direitos e garantias fundamentais, em suas respectivas áreas de especialidade, em coordenação com a assessoria de comunicação social e a Escola Superior da Defensoria Pública” e “XXII - promover e incentivar a constante e a efetiva participação da sociedade civil na divulgação e no aperfeiçoamento nas questões inerentes aos Direitos Humanos”.

Em seus materiais de educação em direitos, a Defensoria de São Paulo também se utiliza de embasamentos jurídicos dispostos em Tratados Internacionais. Nesse sentido, a cartilha “Mães no Cárcere: observações técnicas para a atuação profissional em espaços de convivência de mulheres e seus filhos”, discute as regras internacionais para o tratamento de mulheres encarceradas aprovadas pela 65ª Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU)⁶².

No âmbito institucional, a Escola da Defensoria tem desenvolvido o curso de defensores e defensoras populares, voltado à formação de lideranças que replicarão os conhecimentos adquiridos. Os cursos são geralmente realizados em locais e horários conforme demanda do movimento social. Atualmente tem sido ainda organizados cursos de defensores populares voltados a populações específicas, como o recente curso realizado no segundo semestre de 2017 voltado à população em situação de rua e profissionais que atuam diretamente com este público⁶³. Em Ribeirão Preto, o curso de defensoras populares será direcionado às presas da penitenciária feminina de Ribeirão Preto e contará para fins de remissão⁶⁴.

Como forma de articulação dos movimentos sociais, sociedade civil e poder público, foi feito um grande seminário na sede da Defensoria Pública de São Paulo, para lançamento do processo que daria origem ao Plano Estadual de Educação em Direitos Humanos, de modo a cumprir o que já estava determinado no Programa Estadual de Direitos Humanos, instituído pelo Decreto nº 42.209 de 15 de setembro de 1997 e como desdobramento do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos – PNEHDH (2006) e do próprio Programa de Ação da Conferência de Viena da ONU de 1993.

Um dos grandes méritos da construção do Plano Estadual de Educação em Direitos Humanos em São Paulo foi justamente o de ser construído “de baixo para cima”, sendo que o Estado, representado pela estrutura fornecida pela Defensoria Pública e pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CONDEPE), serviram apenas como instrumento



para que a sociedade encontrasse um espaço físico de reunião e apresentação de suas demandas. Desse modo, muito além de uma concepção meramente voltada ao ensino de tratados internacionais de proteção, que também tem seu espaço e importância, o Plano se voltou à prática e à urgência de uma cultura de Direitos Humanos que realmente reflita a realidade.

Considerações Finais

Há muito trabalho a ser feito no processo de consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro e mesmo na compreensão do que se entende por Direitos Humanos no país. Primeiramente, como norte, a educação em direitos humanos deve ser um compromisso primordial do Estado brasileiro, a começar pela valorização do direito internacional dos direitos humanos no ensino jurídico desde a graduação. Outra estratégia, também relevante, é a cobrança de conteúdos relativos a Direitos Humanos como uma constante em concursos públicos de ingresso em carreiras jurídicas, o que parece ser algo que vem ocorrendo com maior ênfase no âmbito das Defensorias.

Nesse sentido, as Defensorias públicas têm também o importante papel tanto na educação em Direitos Humanos para a população em geral, como no próprio processo de consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente em sua atuação prática e na amplificação da voz dos movimentos sociais de luta pelos Direitos Humanos, verdadeiros responsáveis pela evolução e construção de novas perspectivas sobre o assunto.

É importante salientar que o próprio papel dos movimentos sociais deve ser revisitado na construção de um Direito Internacional dos Direitos Humanos que de fato dialogue com a realidade brasileira. Tais movimentos sempre desafiaram noções tradicionais de desenvolvimento e modernização, lutando para efetivar mudanças jurídicas tanto no plano nacional quanto internacional. No entanto, esta narrativa foi diuturnamente desconsiderada pelo Direito Internacional, de modo que os movimentos sociais ficaram invisíveis no discurso acadêmico da disciplina⁶⁵ e conseqüentemente, no próprio ensino jurídico nas faculdades.

Assim, o próprio Direito Internacional deve ser reescrito também considerando o papel dos movimentos sociais, de modo a ser desenvolvida uma teoria alternativa de resistência contra o discurso tradicional do desenvolvimento, modernização e da própria noção de Direitos Humanos. Em outras palavras, o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve ser repensado a partir de uma perspectiva crítica dos movimentos sociais do terceiro mundo, do papel de grupos, comunidades e indivíduos locais com as preocupações dos oprimidos e excluídos⁶⁶. Caso contrário, a lógica de reprodução e ensino de um Direito Internacional dos Direitos Humanos asséptico, só voltado à leitura acrítica de normas e fatos históricos, que pouco se relacionam à realidade brasileira, continuará a ser perpetuada.

Uma escola de Direito Internacional de fato comprometida com os problemas sociais enfrentados pelo Brasil, com uma visão acadêmica propositiva para o enfrentamento deles não pode estar alheia à realidade e às lutas históricas já travadas pela sociedade civil organizada na construção do ordenamento brasileiro e também no plano internacional. Há muita experiência acumulada por diversas instituições que fazem cotidianamente a defesa dos Direitos Humanos,



de modo que seus paradigmas fundantes sejam baseados em realidades mais próximas da América Latina, fora de uma visão eurocêntrica/americanizada do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶⁷.

Todavia, isso não significa a saída da ação pública da proteção dos Direitos Humanos, já que também é necessária a ação estatal na proteção dos direitos básicos dos indivíduos, exsurgindo aqui a necessidade de uma Defensoria Pública forte e autônoma (assim como outras instituições nacionais). Acima de tudo, deve haver uma capacidade de diálogo e construção, em conjunto com os movimentos sociais, de estratégias de implementação dos Direitos Humanos no Brasil, sempre no sentido da construção de um discurso coerente e contra hegemônico⁶⁸.

¹ Sobre o assunto: CARVALHO RAMOS, André. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. São Paulo: Saraiva. 4ª ed. 2014, p. 294. O controle de convencionalidade é entendido como a análise da compatibilidade dos atos internos em face de normas internacionais.

² 1.086.596 advogados (as) no dia 07/05/2018. Confira ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Quadro de Advogados. Disponível em <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em 07/05/2018.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números – 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em 07/05/2018.

⁴ Nesse sentido, confira ANISTIA INTERNACIONAL. Informe 2017/18 – O Estado dos Direitos Humanos no Mundo. Disponível em <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2018/02/informe2017-18-online1.pdf>. Acesso em 07/05/2018. HUMAN RIGHTS WATCH. Relatório Mundial 2017 – Brasil. Disponível em <https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313303>. Acesso em 15/05/2018.

⁵ Pesquisa realizada no site do Ministério da Educação em 07/05/2018, a qual acusou 1.266 cursos de Direito, sendo que alguns estão suspensos ou em desativação. BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Instituições de Educação Superior e Cursos Cadastrados. <http://emec.mec.gov.br/>. Acessado em 07/05/2018.

⁶ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB entrega a 142 faculdades selo de qualidade em ensino de direito. Disponível em <http://www.oab.org.br/noticia/29187/oab-entrega-a-142-faculdades-selo-de-qualidade-em-ensino-de-direito>

⁷ AMERICAN BAR ASSOCIATION. ABA-Approved Law Schools. Disponível em https://www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/aba_approved_law_schools.html, Acesso em 07/05/2018.

⁸ STATE BAR OF CALIFORNIA. Unaccredited law schools in California. Disponível em <http://www.calbar.ca.gov/Admissions/Law-School-Regulation/Law-Schools#cals>, Acesso em 07/05/2018

⁹ MACHADO, Antônio Alberto. Ensino jurídico e mudança social. São Paulo: Expressão Popular, 2ª ed., 2009. P. 18. O autor aponta diversos motivos que contribuem para o modelo de ensino jurídico no país, entre eles está o “ensino formalista, centrado apenas no estudos dos códigos e das formalidades legais; o ensino excessivamente tecnicista, resumido no estudo das técnicas jurídicas de interpretação e aplicação dos textos legais sem qualquer articulação com os domínios da ética e da política; o predomínio incontestável da ideologia positivista; o ensino completamente esvaziado de conteúdo social e humanístico; a baixa qualidade técnica da maioria dos cursos jurídicos; a proliferação desordenada desses cursos sem nenhum controle eficiente sobre a qualidade dos mesmos; o predomínio de uma didática superada e autoritária, centrada exclusivamente na aula conferência e na abordagem de conteúdos programáticos aleatoriamente definidos etc.”

¹⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Portaria 136/09. Disponível em http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em 07/05/2018.



¹¹ Sobre o assunto PIOVESAN, FLÁVIA. Direitos Humanos no Ensino Superior. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_ensino_superior.pdf. Acesso em 16/05/2018. A autora aponta que a matéria de Direitos Humanos é geralmente dada como matéria optativa, conforme levantamento realizado em cursos de graduação.

¹² CARVALHO RAMOS, André de. Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, pag. 37. Assim, por exemplo, ao mencionar Direitos Humanos no texto constitucional, o legislador quis intencionalmente referir-se ao conjunto de normas previstas internacionalmente em tratados ao qual se volta à proteção do indivíduo, seja ele nacional ou não, de modo que tal termo não é utilizado com sinônimo de direitos fundamentais.

¹³ BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Instituições de Educação Superior e Cursos Cadastrados. Disponível em <http://emec.mec.gov.br/>. Acesso em 07 de maio de 2018.

¹⁴ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento 136 de 2009. Disponível em <http://www.oab.org.br/noticia/18425/oab-publica-hoje-novas-diretrizes-para-o-exame-de-ordem-em-todo-o-brasil>. Acesso em 07/05/2018

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 230 de 22 de junho de 2016. Disponível em http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n230-22-06-2016-presidencia.pdf. Acesso em 08/05/2018.

¹⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Edital de Abertura de Inscrições e Instruções Especiais. VII Concurso Público de Provas e Títulos ao Ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo. Disponível em https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/concursos/edital_vii_concurso_-_definitivo.pdf

¹⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. 92º Concurso de ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de São Paulo – 2017. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/concursos/membros/92_Concurso. Acesso em 10/04/2018.

¹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 187º Concurso de Provas e Títulos para Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo. Disponível em <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=81037>. Acesso em 10/04/2018.

¹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Inscrições abertas para I Concurso de Decisões em Direitos Humanos. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83820-inscricoes-abertas-para-1-concurso-de-decisoes-em-direitos-humanos>. Acesso em 07/05/2018.

²⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão de Direitos Humanos do Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais se reúne em Pernambuco. Disponível em <http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/27823/comissao-de-direitos-humanos-do-colegio-nacional-de-defensores-publicos-gerais-se-reune-em-pernambuco/termosbusca=Comiss%C3%A3o%20de%20Direitos%20Humanos>. Acesso em 1/04/2018;

²¹ Sobre o tema veja, SARMENTO, Daniel. *Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União*. Parecer. UERJ. 2015. Disponível em http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

²² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Tese 2. Área Cível. II Encontro Estadual – 2008. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=57141&idModulo=9706>. Acesso em 10/04/2018.

²³ idem. Após Pedido de defensoria, juiz reativa programa de desinternação progressiva em Franco da Rocha II. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=1115&idPagina=3086>. Acesso em 19/04/2018.

²⁴ Idem. Defensoria Pública de SP pede indenização para familiares de pichador morto por policiais militares. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=59497&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.



- ²⁵ Idem. Defensoria Pública de SP ajuíza ação para evitar laqueadura sem consentimento de mulher em Amparo. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=45141&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ²⁶ Idem. Defensoria Pública de SP ajuíza ação para garantir assistência material a presos na região de Ribeirão Preto. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=45257&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ²⁷ Idem. A pedido da Defensoria paulista, Justiça determina manutenção de médico em tempo integral em CDPs de Osasco. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=45198&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ²⁸ Idem. Defensoria de SP obtém liminar que garante equipes médicas estruturadas em unidades prisionais de São Vicente. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=45712&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ²⁹ Idem. Avaré: Defensoria Pública de SP pede presença de equipe médica em penitenciária. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=45753&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ³⁰ Idem. Defensoria Pública de SP e MP-SP ajuízam ação civil pública que pede atendimento à saúde adequado em CDP de Serra Azul. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=49539&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ³¹ Idem. Taubaté: Defensoria Pública de SP obtém decisão que impede ingresso de novos presos em CDP até erradicação de epidemia de sarna. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=50012&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ³² Idem. Osasco: Defensoria Pública de SP obtém decisão que impede envio de novos presos e determina redução da população carcerária de CDPs. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=51623&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ³³ Idem. Defensoria Pública de SP ajuíza ação de indenização em favor de ex-detenta, algemada durante trabalho de parto. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=48055&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ³⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.640.084 - SP (2016/0032106-0), Relator : Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf. Acesso em 14/05/2018.
- ³⁵ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Defensoria Pública de SP pede ao Senado aprovação de projeto que prevê audiência com preso em flagrante em até 24 horas. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=52113&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ³⁶ Idem. Defensoria Pública de SP recebe visita de relator especial da ONU para o direito à educação. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=46155&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ³⁷ Idem. Defensoria Pública de SP faz apelo à ONU por apuração de caso de jovens mortos por policiais militares. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=52713&idPagina=3086>. Acesso em 12/04/2018.



- ³⁸ Idem. Defensoria Pública de SP aciona Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra condenação criminal por desacato. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=43218&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ³⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DPU denuncia Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em http://www.dpu.def.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10997&catid=215&Itemid=458. Acesso em 14/05/2018.
- ⁴⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO. Pedido de Medida Cautelar - Violação dos artigos 7 (2) e 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/defensoria-sp-fim-desacato-oea.pdf>. Acesso em 14/05/2018.
- ⁴¹ Idem. Atuação da Defensoria Pública de SP por direitos de manifestantes é destacada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=59224&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ⁴² Idem. Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública de SP denuncia o Brasil à OEA por "crimes de maio". Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=58299&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ⁴³ Idem. Após pedido da Defensoria Pública de SP, Comissão Interamericana de Direitos Humanos determina medidas cautelares ao Brasil para garantir integridade física a adolescentes em unidade da Fundação Casa. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=68803&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018.
- ⁴⁴ BRASIL. DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO. Report - Homelessness and the right to housing. Disponível em http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Homelessness/NHRI/13112015-Public_Defender_of_Sao_Paulo_Brazil.doc. Acesso em 12/04/2018.
- ⁴⁵ UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. HUMAN RIGHTS COUNCIL. 31ST session. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context. 30 de dezembro de 2015. disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/294/52/PDF/G1529452.pdf?OpenElement>. A/HRC/31/54. p. 9. Acesso em 12/04/2018.
- ⁴⁶ UNITED NATIONS. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. The Right to Life + teh right to Adequate Housing. disponível em <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/RighttoLifeRighttoAdequateHousing.aspx>. Acesso em 12/04/2018.
- ⁴⁷ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. DPE-PE, DPE-RJ e DP-MG enviam Relatório sobre Tratamento de Pessoas com Transtorno Mental para RPU da ONU. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=30331>. Acesso em 15/05/2018.
- ⁴⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Defensorias Públicas de SP e da União sugerem à ONU recomendações acerca da falta de acessibilidade nas prisões brasileiras. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=61475&idPagina=3086>. Acesso em 14/05/2018. O ofício ressalta que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no artigo 9, obriga os Estados partes a identificar e eliminar barreiras e obstáculos à acessibilidade, e, no artigo 14, garantam acomodações razoáveis em prisões, objetivos reforçados pelo Comentário Geral nº 2 do Comitê da ONU. Considerando o artigo 9, os Defensores recomendam no documento que o Brasil estabeleça e siga prazos, aloque pessoal e recursos financeiros adequados para remover barreiras à acessibilidade nas prisões, defina os deveres das autoridades e órgãos quanto ao problema e garanta mecanismos de monitoração e sanção efetivos em caso de falha na implementação de padrões de acessibilidade. Em relação ao artigo 14, recomenda que o país introduza medidas efetivas para assegurar acomodações razoáveis nas prisões, para preservar a dignidade das pessoas com deficiência



presas. Como medida urgente, o documento pede que o país se abstenha de submeter qualquer pessoa com deficiência a unidades prisionais não acessíveis, sugerindo a aplicação de medidas como prisão domiciliar e manter essas pessoas como beneficiárias do indulto humanitário.

⁴⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Situation of the Right to Accessibility (Article 9), Liberty and Security (Article 14) of Persons with Disabilities in Penitentiary Facilities in Brazil. Disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fCS%2fBRA%2f21307&Lang=en. Acesso em 14/05/2018.

⁵⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Atuação da PM em manifestações será discutida na OEA com a participação da Defensoria Pública de SP. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=57791&idPagina=3086> Acesso em 14/05/2018.

⁵¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, vol.2 / Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión. p. 83, §170. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/Informe%20Anual%202014.pdf>. Acesso em 14/05/2018.

⁵² UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. Mandate of the Special Rapporteur on the rights of peaceful assembly and of association. Maina Kiai. Disponível em http://freemassembly.net/wp-content/uploads/2016/11/Letter-to-the-Court-ENG.revised_final.pdf. Acesso em 12/04/2018.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Vienna Declaration and Programme of Action Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em 10/05/2018.

⁵⁴ BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - rev. e atual. Brasília : SDH/PR, 2010. Disponível em <http://www.pndh3.sdh.gov.br/public/downloads/PNDH-3.pdf>. Acesso em 10/05/2018

⁵⁵ Foi realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2012 pelo Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria paulista a “Capacitação sobre Acesso e Funcionamento dos Mecanismos de Direitos Humanos das Nações Unidas”. Em 2014, nos dias 25 e 26 de setembro, o Núcleo de Defesa das mulheres também desenvolveu no âmbito do seminário internacional “Direitos Humanos e mulheres: Hermenêutica e Jurisprudência”, capacitação em relação ao acionamento da CEDAW. Ambos eventos contaram com a participação de funcionários do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

⁵⁶ Nesse sentido a Defensoria paulista já acionou a comissão em relação ao controle de convencionalidade do crime de desacato, um caso individual de letalidade policial e tortura, uma medida cautelar contra tortura em unidade da Fundação Casa e uma denúncia a respeito dos crimes de maio ocorridos em Santo. No sistema universal, salvo relatórios enviados aos relatores especiais, não há notícia de acionamento do sistema universal. A instituição já contou ainda com a presença do Defensor Interamericano, Antônio José Maffezoli Leite. Sobre o assunto LEITE, Antônio José Maffezoli. *A atuação da Defensoria Pública na Promoção e defesa dos Direitos Humanos, inclusive perante o sistema interamericano de direitos humanos*. In RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares. *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: Juspodvm. 2014. P. 567-595.

⁵⁷ No dia 26/02/2011, durante a III Jornada da Moradia Digna, a relatora especial da ONU para o direito à moradia adequada, Raquel Rolnik, ministrou palestra sobre o impacto de megaprojetos e a violação ao direito à cidade. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. III Jornada da Moradia Digna: Defensores, sociedade civil e especialistas discutem impactos de megaprojetos na área de habitação e urbanismo, no final de semana (26 e 27/02). Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=32003&idPagina=3086>. Acesso em 19/04/2018. Entre os dias 20 e 22 de junho de 2011, durante a oficina internacional sobre monitoramento de locais de privação de liberdade no Brasil, o Vice-presidente do Subcomitê para a Prevenção da Tortura da ONU, Defensor Público da Província de Buenos Aires Mario Coriolano, palestrou, via vídeo conferência, sobre sistematização de base de dados e registro de denúncias de tortura.



BRASIL. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Defensoria Pública de SP realiza seminário “Monitoramento de locais de Detenção” para discutir combate às práticas de tortura e maus tratos.. Disponível em

<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=32003&idPagina=3086>. Acesso em 19/04/2018

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Vienna Declaration and Programme of Action Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em 10/05/2018.

⁵⁹ BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - rev. e atual. Brasília : SDH/PR, 2010. Disponível em <http://www.pndh3.sdh.gov.br/public/downloads/PNDH-3.pdf>. Acesso em 10/05/2018

⁶⁰ Sobre o assunto: PIOVESAN, FLÁVIA; FACHIN, MELINA GIRARDI. Educação em Direitos Humanos no Brasil: desafios e perspectivas. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 19 n. 117 Fev./Maio 2017 p. 20-38.

⁶¹ BRASIL. *Lei Complementar Estadual n. 988 de 2006*. <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html> Acesso em: 02 de novembro de 2017.

⁶²DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Mães no Cárcere: Observações Técnicas para a Atuação Profissional em Espaços de Convivência de Mulheres e seus filhos. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/33/documentos/Cartilha%20M%C3%A3es%20no%20C%C3%A1rcere%20%20Leitura.pdf>. Acesso em 14/05/2018.

⁶³ Confira https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/20/cartazes_eventos/010_out_2017/30_10_DefensoresBras_2.pdf

⁶⁴ Confira https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/20/cartazes_eventos/011_nov_2017/08_Defensoras_Penit.pdf

⁶⁵ RAJAGOPAL, Balakrishnan, *International Law from Below* (New York: Cambridge University Press, 2003), p. 272.

⁶⁶ Idem. P. 272.

⁶⁷ RAJAGOPAL, Balakrishnan. *Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy*. Third World Quarterly, Vol. 27, No. 5, Reshaping Justice: International Law and the Third World (2006).Taylor & Francis, Ltd. p. 781.

⁶⁸ Nesse sentido: RAJAGOPAL, Balakrishnan. *Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy*. Third World Quarterly, Vol. 27, No. 5, Reshaping Justice: International Law and the Third World (2006).Taylor & Francis, Ltd. p. 781.

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-92898-21-2



9 788592 898212

