

Arthur de Oliveira Xavier Ramos  
Carla Elisângela Ferreira Alves Teixeira  
Diego Ranier dos Santos Silva Macêdo  
Felipe de Brito Alves Belo  
Giselle Hoover Silveira  
Maria Luíza Castro Nunes Pereira  
Matheus Barbosa de Melo  
Polireda Madaly Bezerra de Medeiros

## **CONSTRUINDO SABERES JURÍDICOS: Constitucionalismo, Direitos Humanos e Filosofia**



**Construindo saberes jurídicos:  
constitucionalismo, direitos  
humanos e filosofia**



Todo o conteúdo apresentado neste livro é de  
responsabilidade do(s) autor(es).  
Esta obra está licenciada com uma Licença  
Creative Commons Atribuição-SemDerivações  
4.0 Internacional.

## Conselho Editorial

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA  
(Editor-Chefe)  
Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA  
Prof. Dr. Aldrin Vianna de Santana-UNIFAP  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Raquel Silvano Almeida-Unespar  
Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ilka Kassandra Pereira Belfort-Faculdade Laboro  
Prof<sup>a</sup>. Dr. Renata Cristina Lopes Andrade-FURG  
Prof. Dr. Elias Rocha Gonçalves-IFF  
Prof. Dr. Clézio dos Santos-UFRRJ  
Prof. Dr. Rodrigo Luiz Fabri-UFJF  
Prof. Dr. Manoel dos Santos Costa-IEMA  
Prof.<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Isabella Macário Ferro Cavalcanti-UFPE  
Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA  
Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos-UEL  
Prof.<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Maria de Fatima Vilhena da Silva-UFPA  
Prof.<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Dayse Marinho Martins-IEMA  
Prof. Dr. Daniel Tarciso Martins Pereira-UFAM  
Prof.<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Elane da Silva Barbosa-UERN  
Prof. Dr. Piter Anderson Severino de Jesus-Université Aix Marseille

Nossa missão é a difusão do conhecimento gerado no âmbito acadêmico por meio da organização e da publicação de livros científicos de fácil acesso, de baixo custo financeiro e de alta qualidade!

Nossa inspiração é acreditar que a ampla divulgação do conhecimento científico pode mudar para melhor o mundo em que vivemos!

*Equipe RFB Editora*

Felipe de Brito Alves Belo  
Polireda Madaly Bezerra de Medeiros  
(Organizadores)

# **Construindo saberes jurídicos: constitucionalismo, direitos humanos e filosofia**

1ª Edição

Belém-PA  
RFB Editora  
2023

© 2023 Edição brasileira  
by RFB Editora  
© 2023 Texto  
by Autor  
Todos os direitos reservados

RFB Editora  
CNPJ: 39.242.488/0001-07  
www.rfbeditora.com  
adm@rfbeditora.com  
91 98885-7730

Av. Governador José Malcher, nº 153, Sala 12, Nazaré, Belém-PA,  
CEP 66035065

### **Editor-Chefe**

Prof. Dr. Ednilson Souza

### **Diagramação**

Worges Editoração

### **Revisão de texto e capa**

Organizadores

### **Bibliotecária**

Janaina Karina Alves Trigo Ramos

### **Produtor editorial**

Nazareno Da Luz

**Catálogo na publicação**  
**Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166**

C758

Construindo saberes jurídicos: constitucionalismo, direitos humanos e filosofia /  
Arthur de Oliveira Xavier Ramos, Carla Elisângela Ferreira Alves Teixeira, Diego  
Ranier dos Santos Silva Macêdo, et al. – Belém: RFB, 2023.

Outros autores: Felipe de Brito Alves Belo, Giselle Hoover Silveira, Maria  
Luíza de Castro Nunes Pereira, Matheus Barbosa de Melo, Polireda Madaly  
Bezerra de Medeiros.

242 p.; 16 X 23 cm

ISBN 978-65-5889-547-3

DOI 10.46898/rfb.5a76f3de-d9f4-4777-861b-4b01ffab3ce6

1. Direito. 2. Constituição. 3. Direitos humanos. 4. Filosofia. I. Ramos, Arthur de  
Oliveira Xavier. II. Teixeira, Carla Elisângela Ferreira Alves. III. Macêdo, Diego  
Ranier dos Santos Silva. IV. Título.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático

I. Direito

# SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	7
<b>CAPÍTULO 1</b> IGUALDADE OU PRIVILÉGIO? AS OPINIÕES CONSULTIVAS 16/99 E 29/22 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HU- MANOS E A ISONOMIA APLICADA À PERSECUÇÃO CRIMI- NAL.....	11
<b>CAPÍTULO 2</b> A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016: IDENTIDADE E DESMEMBRAMENTO CONSTITUCIONAL.....	47
<b>CAPÍTULO 3</b> DIREITO DE PROPRIEDADE COLETIVA E A REMARCAÇÃO AMPLIATIVA DE TERRAS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE A PAR- TIR DO CASO DO POVO INDÍGENA WASSU-COCAL .....	77
<b>CAPÍTULO 4</b> ANÁLISE DA NECROPOLÍTICA DE GÊNERO NA AMÉRICA LA- TINA A PARTIR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREI- TOS HUMANOS: UMA REVISÃO .....	115
<b>CAPÍTULO 5</b> TRABALHO PRECÁRIO DAS MULHERES. CASO FÁBRICA DE FOGOS SANTO ANTÔNIO DE JESUS.....	155
<b>CAPÍTULO 6</b> SENDO RAZOÁVEL: UMA APROXIMAÇÃO PRAGMÁTICA E ARGUMENTATIVA AOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETER- MINADOS .....	199
<b>CAPÍTULO 7</b> O CONCEITO DE VIOLÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ASPECTOS SIMBÓLICOS E NORMATIVOS .....	219
ÍNDICE REMISSIVO.....	238
SOBRE OS AUTORES .....	239



# PREFÁCIO

Esta coletânea é resultado do esforço de alunos de diferentes linhas de pesquisa do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), que produziram, durante sua trajetória acadêmica, reflexões sobre direitos humanos, constitucionalismo e filosofia. A produção científica é um dos pilares fundamentais do desenvolvimento acadêmico, e a realização de estudos aprofundados nessa área é de extrema importância para a evolução do conhecimento jurídico.

No primeiro capítulo, examinam-se as Opiniões Consultivas n. 16/99 e 29/22 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, relacionadas ao tratamento especial a ser conferido, pelo sistema de justiça criminal dos Estados, a pessoas sujeitas a situações de dupla vulnerabilidade. Dos precedentes do Tribunal internacional analisados, afere-se que conferir direitos específicos a tais sujeitos significa, sobretudo, prestigiar a isonomia, nos seus aspectos material e procedimental.

No capítulo segundo, argumenta-se que a Emenda Constitucional n. 95/2016, que instituiu o “Novo Regime Fiscal”, representa uma violação à Identidade Constitucional brasileira, porquanto inaugurou uma verdadeira “exceção econômica” no país, em oposição ao projeto constitucional de Estado de Bem-estar Social previsto na Carta Magna.

Já o direito originário dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam é objeto do terceiro capítulo. Nele, indaga-se se tal direito de propriedade, constitucionalmente previsto e consolidado no âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrange a possibilidade de remarcação ampliativa da área previamente demarcada pelo Estado. Nesse sentido, abordou-

se com maior ênfase o caso do Povo Indígena Wassu-Cocal, de Alagoas, que teve o procedimento de remarcação ampliativa da terra indígena obstado pelos tribunais. Ao fim, foi possível constatar que o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no caso concreto está em desacordo com o que estabelece a jurisprudência interamericana, que assegura a propriedade coletiva dos povos indígenas sobre toda a extensão de terra efetivamente necessária para a reprodução física e cultural do grupo étnico. Esperamos que este livro seja apenas o começo de um legado duradouro, inspirando futuras gerações de estudantes a continuarem a busca pelo saber jurídico, e contribuindo para o avanço do conhecimento e do debate no campo do Direito.

A seguir, no quarto capítulo, a autora formula considerações sobre o direito à vida de mulheres negras e indígenas, as quais estão, conforme os precedentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sujeitas a uma situação de dupla vulnerabilidade. Assim, constata-se que o feminicídio faz parte de um complexo controle político e social incidente sobre a vida das mulheres, em especial as mais vulneráveis, como as negras, indígenas e pobres.

O Caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 15 de julho de 2020, é abordado no capítulo quinto. A autora conclui que o trabalho precário, no Brasil, afeta mais gravemente as mulheres, em comparação com os homens. Outrossim, ressalta que a divisão sexual, racial, de gênero e de classe social do trabalho sustenta a manutenção do capital.

Já no capítulo sexto, estudam-se os conceitos jurídicos indeterminados, tanto no âmbito teórico, quanto no da prática judiciária, explorando as suas repercussões na filosofia da linguagem

- especialmente sob o viés pragmatista -bem como na teoria da argumentação.

Por fim, no sétimo capítulo, analisa-se o conceito de violência, sob os ângulos subjetivo, objetivo e simbólico. Interessante a metáfora do autor, segundo quem a violência objetiva é o contexto, ao passo em que a subjetiva é o conteúdo, tal como uma tela e a pintura.

Vale destacar que os organizadores buscaram dispor os artigos de forma a que eles mantivessem entre si concatenação lógica, atentando-se, também, à preservação da originalidade e da peculiaridade no estilo de cada um dos autores.

Neste livro, portanto, vêm a público relevantes pesquisas desenvolvidas por alguns alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, que partem da análise de casos práticos e deságuam na reflexão teórica, inclusive sob a nota da interdisciplinaridade.

Por isso, espera-se que este seja apenas o começo de um legado duradouro, inspirando outros pesquisadores a contribuírem para o avanço do conhecimento e do debate no Direito.

Felipe de Brito Alves Belo e Polireda Madaly Bezerra de Medeiros



# **CAPÍTULO 1**

---

## **IGUALDADE OU PRIVILÉGIO? AS OPINIÕES CONSULTIVAS 16/99 E 29/22 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A ISONOMIA APLICADA À PERSECUÇÃO CRIMINAL**

Polireda Madaly Bezerra de Medeiros<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). Pós-graduada lato sensu em Direitos Humanos e Tutela Coletiva pela FESMP/RN. É mestranda da linha de Direitos Humanos do PPGD/UFPE. Atualmente é Procuradora da República do Ministério Público Federal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Processo Penal, Tutela Coletiva e Direito Eleitoral. Foi juíza de direito do TJPE e Promotora do MPRN e do MPBA.

**R**esumo: O artigo examina como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) maneja o princípio da igualdade em relação a pessoas submetidas à persecução penal. O tribunal internacional possui sobre o assunto duas opiniões consultivas, uma de 1999 e outra, editada mais recentemente, de 2022, nas quais menciona expressamente que a isonomia possui uma dimensão formal e, também, outra, de natureza material. Assim, sujeitos em situações diferentes devem ser tratados de forma distinta, especialmente quando estiverem sob o jugo do sistema de justiça criminal. Por isso, para a Corte de São José, a concessão, em determinadas circunstâncias, de direitos e de posições jurídicas privilegiadas a certos sujeitos, antes de tudo, prestigiará a igualdade. Embora, nos precedentes estudados, não se mencione expressamente a dimensão procedimental da igualdade, esta pode ser divisada nas razões utilizadas para a emissão deles. Neste estudo, foram empregados os métodos de revisão bibliográfica e documental, com análise específica da OC-16/99 e da OC-29/22, ambas da Corte IDH.

**Palavras-chave:** Igualdade, Processo penal, Corte IDH.

**Abstract:** *The article examines how the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) handles the principle of equality in relation to persons under criminal prosecution. The international court has two advisory opinions with regard to the subject, one from 1999 and another, more recently published, from 2022, in which it expressly mentions that isonomy has one formal dimension, but also, a material one. Therefore, persons in different situations must be treated differently, especially when they are under the criminal justice system. For this reason, according to the Court, giving, in some circumstances, rights and privileged legal positions to certain subjects, above all, enhances equality. Although, in the studied precedents, the procedural dimension of equality is not expressly mentioned, it can be noted in the reasons used for their issuing. In this study, were used*

*the bibliographic and documental revision methods, with the specific analysis of advisory opinions OC-16/99 and OC-29/22, both from the IACHR.*

**Keywords:** *equality, criminal procedure, IACHR.*

## INTRODUÇÃO

Em seu livro clássico sobre garantismo penal, FERRAJOLI<sup>1</sup> (2002, p. 370) declarou não haver coincidência “entre ser e dever ser do direito, tampouco (...) entre ser e dever ser no direito”.

A afirmação bem expressa que, afinal, embora a igualdade seja propalada como característica intrínseca aos sistemas jurídicos ditos democráticos, ela mais parece constituir um dogma da justiça criminal, de difícil concretização na prática.

De início, ressalte-se que o propósito da presente investigação não consiste em questionar o poder punitivo estatal, em justificá-lo, nem em propor sua extinção. Intenta-se, pura e simplesmente, encarando-o como uma realidade concreta e em curso há muito tempo, expor como a Corte Interamericana entende ser possível diminuir as desigualdades inerentes à sua operabilidade.

No âmbito da teoria geral do processo, menciona-se serem desdobramentos da igualdade a imparcialidade do juiz; a igualdade de acesso à justiça, sem discriminação; a redução das assimetrias, que dificultem o referido acesso, bem como a idêntica possibilidade de obter as informações necessárias ao contraditório, cristalizada na paridade de armas (DIDIER, 2016). Outra manifestação do princípio é a vinculação aos precedentes (ABREU, 2014).

No entanto, mesmo quando a isonomia é enunciada como dogma, o direito, ao ser aplicado, resulta na criação de disparidades

<sup>1</sup> Não obstante ser considerado artífice do garantismo penal, o autor veiculou ideias contrapostas às das teorias abolicionistas, na medida em que legitimaram, em maior ou menor grau, a própria existência do poder punitivo (DE ÁVILA, 2016, pp. 547 e 550).

indesejáveis ou no aprofundamento das já existentes, sobretudo no âmbito do funcionamento do sistema de justiça criminal.

De fato, para muitos criminólogos, o processo de criminalização - composto por três fases diferentes: a da produção das leis penais, a da aplicação destas e a de sua execução - por si mesmo, trata-se de “direito desigual por natureza: o direito da desigual proteção dos bens jurídicos e da desigual distribuição social da criminalização” (BARATTA, 2011, p. 15). Assim, falar de igualdade, em nossa sociedade e, em especial, no sistema de justiça criminal, seria uma falácia.

O presente trabalho, atento a tais ponderações, pretende entender quais são as dimensões do princípio da isonomia e como ele evoluiu ao longo do tempo, avançando, ainda, sobre a igualdade procedimental e a de participação.

No tópico seguinte, problematiza se é possível afirmar a existência do princípio em questão no sistema de justiça criminal, enfocando o tratamento conferido ao tema por teóricos da criminologia crítica.

Por fim, busca analisar como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sua jurisprudência consultiva, lida com a igualdade em relação às pessoas submetidas ao sistema de justiça criminal estatal.

A conclusão é a de que a Corte de São José, nas OC-16/99 e OC-29/22, invoca as cláusulas convencionais da isonomia e da não discriminação, para afirmar que o estabelecimento de normas especiais, em favor de grupos vulneráveis - e com a finalidade de amainar a situação de hipossuficiência destes - deve ser garantida pelos membros da Organização dos Estados Americanos (CORTE IDH, 2022, §62).

## Igualdade para quem? Hierarquias, assimetrias e participação nas decisões fundamentais

A concepção de igualdade, que sofre alterações ao longo do tempo, é, quando não analisada dentro de um contexto histórico e político determinado, imprecisa.

Nas sociedades antigas e medievais, a ideia conviveu com a hierarquização entre os seres humanos. Em tal contexto, acreditava-se que, devido a alguns indivíduos terem mais valor que outros, mereciam tratamento diferenciado, ou melhor, privilegiado (GALUPPO, 2002, p. 16). Conseqüentemente, o acesso aos bens da vida e o tratamento a ser dispensado às pessoas variavam conforme o que se entendia ser a “virtude” de cada uma delas.

A concepção de igualdade geométrica em Aristóteles segue essa lógica, ao possibilitar que o indivíduo reputado mais relevante para a comunidade recebesse mais, em direitos, do que aquele com papéis sociais menos importantes (GALUPPO, 2002, p. 40).

Com efeito, “os direitos, na prática, dependiam do *status* comunitário de cada indivíduo. Se fosse mais virtuoso (por sangue ou por conquista própria), possuiria mais direitos. Se menos, possuiria também menos direitos”. (GALUPPO, 2002, p. 49).

É por isso que o filósofo grego relaciona a igualdade com a noção de justiça. Esta, equivalendo ao meio termo, contrapõe-se à injustiça, que se encontra em algum dos extremos: no mais, ou no menos; no excesso, ou na carência (ARISTÓTELES, 2020). Justo, então, “é uma das espécies do gênero ‘proporcional’” (ARISTÓTELES, 2020, p. 115). E tudo o que é proporcional o é em relação a algum referencial, neste caso, o mérito.

O Estagirita afirma, ainda, que o meio termo “é o igual, pois em cada espécie de ação na qual há um ‘mais’ e um ‘menos’, há também um ‘igual’” (ARISTÓTELES, 2020, p. 140).

Portanto, pode-se inferir que, no pensamento do pensador grego, a igualdade, o meio termo e a justiça se entrelaçam. Desse arranjo surge a clássica noção de justiça distributiva e de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Contudo, no discurso aristotélico, o tratamento discriminatório deveria variar conforme o mérito individual. Por isso, quanto mais mérito social possuísse um indivíduo - medido pela colaboração do cidadão para a consecução do bem comum - mais bem aquinhado ele deveria ser.

Logo, embora a noção de igualdade material em Aristóteles seja utilizada ainda hoje como respaldo para a adoção de medidas de discriminação positiva, não é suficiente, sozinha, para solucionar as complexas questões envolvendo os interesses e os direitos dos heterogêneos, e, às vezes, conflitantes, segmentos sociais. E isso porque todos os grupos humanos merecem igual respeito, independentemente da sua virtude, do seu mérito ou da sua utilidade para a consecução do bem comum. Se assim não fosse, as pessoas condenadas por crimes não mereceriam a proteção do direito.

Essa disfunção será debatida na Modernidade, em especial pela filosofia moral de Immanuel Kant, em cujo pensamento a liberdade aparece entrelaçada com a igualdade.

Com efeito, em síntese bastante singela, pode-se afirmar que, para este filósofo, a finalidade precípua do Estado Civil - em sucessão e oposição ao Estado de Natureza - é o de assegurar que “uma pessoa não tenha como impor, por única e exclusiva conta sua, uma pretensão contra aquilo que também considero um direito” (GALUPPO, 2002, p.

95). Logo, o direito, nesse especial aspecto, limita a liberdade humana. Contudo, deve fazê-lo de modo universal e igualitário.

Disso decorre que a limitação a ser empreendida pelo direito só pode ser considerada legítima se ocorrer de modo uniforme para todos os súditos, premissa que se aproxima bastante da percepção de igualdade formal, ou seja, a de todos perante a lei.

Dessa limitação universal - e em igualdade de condições - da liberdade, representada pelo direito no pensamento kantiano, deduz GALUPPO que aquele filósofo via a igualdade como “um mecanismo de inclusão em direitos e, fundamentalmente, na liberdade civil.” (2002, p. 99).

Mais tarde, durante a Revolução Francesa, elaborou-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a qual, em seu artigo primeiro, estabelece que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. Ocorre que a igualdade, aí concebida, tinha caráter meramente formal<sup>2</sup>. Apenas com o paradigma do Estado Social de Direito, expresso, por exemplo, na Constituição de Weimar (1919), cuidou-se da igualdade material<sup>3</sup>.

Este breve relato sobre as diversas concepções de igualdade demonstra que, no Estado Democrático de Direito - com pretensão de englobar variados projetos de vida, não raro excludentes entre si<sup>4</sup> - reclama-se um terceiro pilar, que mire além das dimensões formal e material da igualdade.

2 “A igualdade formal é a do Estado liberal, cuja origem foi a reação aos privilégios da nobreza e do clero.” (BARROSO; OSÓRIO, 2016, p. 208).

3 “A igualdade formal (...) impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicaneamente justificadas. (...) O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade material, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à ideia de justiça distributiva e social.” (BARROSO, 2008, pp. 673-674).

4 No mesmo sentido, o entendimento de GALUPPO (2002). O autor alerta que, em sociedades pluralistas e democráticas, o ponto de partida é o de que todos os indivíduos têm o mesmo valor. Por isso, a realização de seus projetos de vida deve ser feita em igualdade de condições, o que pode gerar tensões, já que os diferentes projetos, não raro, seguem por caminhos opostos.

Seguindo esse viés, invoca-se uma terceira dimensão do princípio: a igualdade procedimental, que não exclui, mas completa as duas anteriores:

A noção de igualdade deixa de se centrar no conteúdo (igualdade material), ao voltar-se para o exame dos pressupostos procedimentais que devem ser cumpridos no discurso de produção do Direito. Logo, o Constitucionalismo Contemporâneo exige o direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais, sejam elas oriundas de quaisquer Poderes Constituídos.

Portanto, o direito de participar de decisões políticas, sejam elas de cunho legislativo (discurso de justificação da norma) ou administrativo/judicial (discurso de aplicação de normas), alterou qualitativamente a noção de igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito (CRUZ, 2009, p. 11).

Portanto, as clássicas dimensões de igualdade (formal e material) não parecem suficientes, mesmo do ponto de vista teórico, para abordar adequadamente os direitos dos diversos grupos sociais, existentes nas sociedades contemporâneas, marcadas pela profunda segmentação cultural e multiplicidade de projetos de vida. Ora, o significado que o termo “igualdade” possuía, na antiguidade e medievo, não pode ser transplantado para uma sociedade democrática e, portanto, pluralista<sup>5</sup>, que demanda um “ir-além”.

Nesta esteira, basta lembrar que a Constituição brasileira de 1824, mesmo prevendo textualmente a igualdade, conviveu com o voto censitário, com os privilégios aristocráticos e com a escravidão. De modo semelhante, a Constituição de 1891, embora extinguindo o voto censitário, não o estendeu aos analfabetos, que eram a maioria da população<sup>6</sup>. No mesmo caminho, a Suprema Corte dos Estados

<sup>5</sup> “No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a igualdade material, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social; e a igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.” (BARROSO; OSÓRIO; 2016, p. 208).

<sup>6</sup> Os exemplos são de BARROSO; OSÓRIO; 2016, p. 2010.

Unidos, no caso *Plessy v. Ferguson* (1896)<sup>7</sup>, fundamentando-se no princípio da igualdade, estabeleceu a doutrina do “separados, mas iguais”<sup>8</sup>, permitindo que espaços públicos pudessem ser destinados apenas a pessoas brancas.

### *Redistribuição, reconhecimento e participação: igualdade, justiça e paridade participativa*

Tratar de igualdade no direito exige, por isso, mais do que atender às suas dimensões formal e material, garantir a possibilidade de participação dos interessados na tomada de decisões que lhes afetam. Essa ideia, aliás, foi desenvolvida por Nancy Fraser ao longo dos anos, com a sua noção de paridade participativa (FRASER, 2003).

Com efeito, a filósofa estadunidense trabalha o princípio da igualdade sob diversos prismas. Na sua concepção de justiça, utiliza-o estrategicamente, conforme as demandas reclamem reconhecimento ou redistribuição.

Em resumo bastante singelo, é possível afirmar que, para a autora, a justiça deve ser ao menos bidimensional, abrangendo questões relativas à distribuição dos bens, bem como ao reconhecimento de grupos sociais subalternizados (FRASER, 2006).

A justiça, portanto, deve ao menos contemplar a redistribuição e o reconhecimento. Ocorre que, em cada uma dessas duas espécies de reivindicações, o princípio da igualdade é invocado de modo estrategicamente diverso.

Nas demandas puras por redistribuição, busca-se, em regra, a igualdade sob seu aspecto formal. Assim, os interessados sustentam

<sup>7</sup> No referido caso, questionou-se se as leis da Louisiana, ao estabelecerem vagões reservados apenas para pessoas brancas, ofendiam a Décima Quarta Emenda da Constituição Americana, que trata, na sua seção 1, do direito dos cidadãos americanos à igual proteção das leis. Por sete votos a um, a Suprema Corte decidiu que instalações públicas, separadas, mas iguais, poderiam destinar-se a diferentes grupos raciais, chancelando, sob o espectro da igualdade, tratamento claramente discriminatório.

<sup>8</sup> No original, “*separate but equal doctrine*”.

que não constituem um grupo diferente e, por isso, merecem idêntica proteção das leis. Já em alguns reclamos puros por reconhecimento, o segmento subalternizado pretende reafirmar sua especificidade, enquanto, em outros, busca desconstruir a avaliação cultural binária<sup>9</sup> (FRASER, 2003).

Por exemplo, nas demandas por redistribuição, os reclamantes almejam, amiúde, uma “des-diferenciação”<sup>10</sup> com o grupo. Assim, a face formal do princípio da igualdade é posta em evidência, com a finalidade de alcançar tratamento idêntico.

Já nas disputas por reconhecimento, ressalta-se, em alguns casos, a peculiaridade do segmento social em relação ao todo, ou seja, invoca-se o direito a ser diferente<sup>11</sup>, que também é uma faceta da igualdade, mas, agora, sob seu viés material.

Mas, a par disso, a autora entende que a redistribuição e o reconhecimento devem integrar duas dimensões irreduzíveis da justiça, informadas pela “paridade participativa”<sup>12</sup>, através da qual se possibilita a todos os membros adultos de uma sociedade a possibilidade de interagir uns com os outros como sujeitos iguais<sup>13</sup>.

A paridade participativa é um importante conceito no pensamento da filósofa e funciona como norma suprema, que deve informar todas as demandas por justiça formuladas na sociedade. Além disso, precisa ser aplicada dialógica e discursivamente, através de processos democráticos de debate público (FRASER, 2003, p.

9 Por exemplo, hetero/homossexual.

10 No original, “*de-differentiating*” (FRASER, 2009, p. 219).

11 “Aqui o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito.” (FRASER, 2008, p. 167).

12 Em inglês, “*parity of participation*” (FRASER, 2003, p. 29) ou “*participatory parity*” (FRASER, 2003, p. 36).

13 A noção de participação paritária em Nancy Fraser pressupõe a existência de uma condição objetiva e de uma intersubjetiva. A primeira consiste na ocorrência de uma distribuição de recursos que permita a todos os participantes terem voz. A segunda significa o igual respeito e oportunidade para conquista de estima social, sendo vedados “padrões culturais que depreciem sistematicamente algumas categorias de pessoas e as qualidades a elas associadas” (FRASER, 2008, p. 181; 2003, p. 36).

43). Logo, submete tanto a redistribuição, quanto o reconhecimento (FRASER, 2003).

Por isso mesmo, talvez a aplicação mais interessante do princípio da igualdade, no pensamento de Nancy Fraser, seja a de paridade participativa como meta-princípio ou o que ela denomina de “aplicação reflexiva da paridade participativa”, formulada como demanda de segunda ordem (FRASER, 2003).

Como já afirmado, a igualdade de participação deve informar os debates levados a efeito em torno dos pilares da justiça bidimensional (reconhecimento e redistribuição), possibilitando que os grupos afetados participem efetivamente das decisões que lhes dizem respeito. E essa participação nem pode ser meramente formal, nem simbólica, nem enviesada. É preciso, primeiro, que o grupo seja efetivamente considerado como par, como igual, nas discussões levadas a cabo.

Assim, a paridade participativa constitui “a principal linguagem da razão pública” (FRASER, 2003, p. 43) e deve constituir reivindicações de segunda ordem ou metanível<sup>14</sup>.

Isso significa que os reclamos por reconhecimento ou redistribuição precisam estar informados pela efetiva participação das pessoas afetadas, que devem, primeiramente, ser reconhecidas como iguais no próprio debate<sup>15</sup>.

Neste aspecto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, embora sem fazer menção à paridade de participação, declarou, na OC-16/99, só ser possível falar em devido processo quando o acusado

14 A filósofa defende a necessidade de se formularem reivindicações de distribuição e de reconhecimento (reivindicações de primeira ordem), ao lado de reivindicações de segunda ordem ou metanível, atinentes às condições em que se julgam as reivindicações de primeira ordem. Essas segundas demandas constituem a aplicação reflexiva da paridade participativa, ou seja, o direito a debates sobre debates, de modo a favorecer a criação de novas práticas sociais e a afastar a conservação das que privilegiam o *status quo* (FRASER, 2003, pp. 44-45).

15 “(...) *claims for recognition can only be justified under conditions of participatory parity, which conditions include reciprocal recognition.*” (FRASER, 2003, p. 44).

puder “fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com quaisquer outros”<sup>16</sup> (tradução livre). Essa orientação cristaliza a aplicação da igualdade no aspecto procedimental.

### *Como e quando tratar desigualmente os diferentes*

Como é inerente ao direito discriminar situações, pessoas e coisas<sup>17</sup>, implementar o princípio da igualdade demanda a eleição de uma finalidade a ser alcançada e o estabelecimento de critérios válidos de diferenciação (ÁVILA, 2021, p. 197).

Portanto, dependendo do objetivo perseguido pela norma, determinados critérios de diferenciação ou de equiparação podem ou não ser validade estatuídos.

Por exemplo, a etnia do indivíduo pode ser invocada para outorgar-lhe direitos adequados à sua peculiar situação, mas não pode ser utilizada para impedir o exercício de determinadas posições jurídicas, como, por exemplo, entabular negócios, escolher detentores de cargos eletivos ou casar.

Por isso, vedam-se as distinções - contidas em normas abstratas ou em sua interpretação - caprichosas, injustificadas ou arbitrárias. E isso porque o fundamento do tratamento desigual deve ser razoável e o fim perseguido há de ser legítimo (MELLO, 2021).

No mais, uma distinção será ilícita se não se revestir de caráter geral. Também o será se a coletividade beneficiada com a norma não ostentar, concretamente, características distintas dos demais grupos sociais. Outrossim, não são admissíveis distinções que não possuam

16 No original: “(...) pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.” (CORTE IDH, 1999, §117).

17 “(...) o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas e em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes.” (MELLO, 2021, p. 13).

pertinência lógica com o fim estabelecido pela norma, a qual deve, afinal, proteger interesses constitucionalmente assegurados, tendo em vista o bem público (MELLO, 2021).

Há quem sustente, ainda, que, para uma discriminação ser legítima, seria preciso ter por escopo uma minoria marginalizada, econômica, social e politicamente. Além disso, seria necessário que, em virtude de situações de preconceito, a sua participação social experimentasse limitações (CRUZ, 2009).

Nesta esteira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem entendido que uma diferença de tratamento é discriminatória quando não tiver justificação objetiva e razoável, ou seja, quando não perseguir um fim legítimo e não revelar uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins perseguidos. (CORTE IDH, 2014, §200; 2022, §58).

Indo além, assevera que o direito à igualdade e à não discriminação tem duas faces. A primeira, negativa, proíbe a instituição de tratamento diferente arbitrário. A segunda, positiva, consiste na obrigação de serem criadas condições de igualdade real para grupos que historicamente são excluídos ou que se encontram em maior risco de serem negativamente discriminados (CORTE IDH, 2022, § 59).

## **A falácia da igualdade no sistema de justiça criminal**

Classicamente, o princípio da igualdade costuma ser invocado como um dos fundamentos do sistema de justiça criminal, e dispõe, em suma, que, à exceção das hipóteses de inimputabilidade biopsicológica ou cronológica, a lei se aplica indistintamente a todos.

No entanto, muitas são e foram as hipóteses de tratamento não isonômico, para além das referidas exceções.

Por exemplo, no Brasil, as ideias da Escola Positivista da criminologia fundamentaram o tratamento penal desigual a certos segmentos sociais, implementando “estratégias específicas de controle social” e estabelecendo “formas diferenciadas de tratamento jurídico-penal” (ALVAREZ, 2002, p. 696).

Seguindo essa lógica, Raymundo Nina Rodrigues, criticando o Código Penal brasileiro de 1890, sustentava, em suma, ser equivocada a pretensão de igualdade da lei penal, dada a heterogeneidade social, étnica, biológica e física do país (ALVAREZ, 2002, p. 695)<sup>18</sup>. O médico maranhense defendia, por isso, a necessidade de ser conferido tratamento diferenciado entre os indivíduos, a partir de critérios biológicos e raciais, invocando, para tanto, fundamentos alegadamente científicos<sup>19</sup>.

Como se sabe, as ideias de Nina Rodrigues justificaram a adoção de práticas discriminatórias negativas e, portanto, hierarquizantes, em prejuízo de negros, de indígenas e de pessoas com transtornos psiquiátricos, consistindo, como já dito, em um efetivo mecanismo de controle social e de legitimação da dominação e da exclusão (GÓES, 2016, p. 76).

Na verdade, estudiosos mencionam que a classificação das pessoas em raças<sup>20</sup> foi um artifício criado - com a ascensão da burguesia

18 Interessante lembrar que a política do *apartheid* e as práticas discriminatórias atuais, ocorridas na Europa ocidental contra imigrantes, procuram justificativa na necessidade de adoção de um projeto de desenvolvimento separado, em respeito às diferenças étnicas ou culturais dos povos implicados (MUNANGA, 2003, p. 10). Na verdade, embora invoquem um fundamento aparentemente aceitável (respeito às diferenças), tais práticas, além de hierarquizar os grupos sociais, resultam na exclusão de alguns e escondem relações de poder. Logo, a proposta de tratamento diferenciado a certas pessoas deve, para não resvalar em discriminação odiosa, ter por resultado a inclusão e o respeito efetivo às diferenças, as quais não podem ser usadas como causa de diminuição de participação social ou de supressão de direitos.

19 “Não só, portanto, a evolução mental pressupõe nas diversas fases do desenvolvimento de uma raça, uma capacidade cultural muito diferente, (...) mas ainda afirma (...) a impossibilidade (...) de impor-se, de momento, a um povo, uma civilização incompatível com o grau do seu desenvolvimento intelectual.” (NINA RODRIGUES, 2011, l. 80).

20 O racismo clássico se utilizava da noção de raça, ao passo em que o racismo atual volta-se para a de etnia (MUNANGA, 2003, p. 10). Por isso se diz que o racismo construído sobre as diferenças culturais e identitárias está diante de um paradoxo: “racistas e anti-racistas carregam a mesma bandeira, baseada no respeito das diferenças culturais e na construção de uma política multiculturalista” (MUNANGA, 2003, p. 11). Como contraponto ao racismo, há o antirracismo de igualdade e o antirracismo de diferença (MUNANGA, 2014, p. 38). O primeiro, universalista, prega uma natureza comum a todos os seres humanos, razão pela qual estes devem possuir os mesmos direitos. Já o segundo defende que as diferenças culturais

e do pensamento iluminista, liberal - para justificar a existência de uma sociedade desigual, mas embasada nas ideologias igualitárias pregadas pelos iluministas (GÓES, 2016, p. 76).

De fato, “a raça não é uma realidade biológica, mas sim apenas um conceito, aliás, cientificamente inoperante, para explicar a diversidade humana (...) biológica e cientificamente, as raças não existem” (MUNANGA, 2003, p. 4-5).

Por isso, a classificação das pessoas em raças serviu para encobrir relações de poder e de dominação (MUNANGA, 2003, p. 6) e, portanto, para justificar a desigualdade existente na realidade.

### *A desigual seleção dos bens jurídicos e da criminalização*

Afirma-se, tradicionalmente, que o sistema penal é necessário à tutela das condições essenciais de vida em sociedade, à proteção de bens jurídicos<sup>21</sup> e de valores relevantes para todos os cidadãos (SANTOS, 2005, p. 06).

Com efeito, enuncia-se que

Em um Estado Democrático de Direito, (...) as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.) (ROXIN, 2006, p. 17-18).

---

dos diversos povos devem ser ressaltadas, o que justifica um tratamento que leve essas distinções em consideração. MUNANGA defende que ambas as posições são maniqueístas e problemáticas, e forçam a sociedade a escolher “entre a negação e a afirmação da diferença a todo momento” (MUNANGA, 2014, p. 42). O autor sugere que a melhor abordagem seria “aquela que combina a aceitação da identidade humana genérica com a aceitação da identidade de diferença” (MUNANGA, 2014, p. 42). Essa estratégia bloquearia, por exemplo, práticas culturais que estimulam a desigualdade entre os gêneros, no contexto de um Estado de Direito.

21 Claus Roxin define bem jurídico como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” (2006, p. 19).

O Direito Penal, então, tem como pressuposto o de que o sistema de valores e os modelos de comportamento por ele prescritos correspondem aos valores e às normas aceitos pela maioria das pessoas em uma sociedade, os quais são apenas reconhecidos pelo Poder Legislativo.

Contudo, a investigação sociológica aponta que, na sociedade contemporânea, pluralista e conflitual, existem valores e regras específicas de grupos diversos e antagônicos (BARATTA, 2011, p. 75). Por isso,

(...) o direito penal não exprime (...) somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas seleciona entre valores e modelos alternativos, de acordo com os grupos sociais que, na sua construção (legislador) e na sua aplicação (magistratura polícia, instituições penitenciárias), têm um peso prevalente. (BARATTA, 2011, p. 75).

Ou seja, o sistema de justiça criminal escolhe, conforme certas circunstâncias sociais e econômicas, que valores tutelar, os quais podem não necessariamente coincidir com a vontade da maioria ou com os bens mais caros à sociedade.

Por isso, é cabível afirmar que o sistema de justiça criminal tutela valores relativos, os quais são alçados a tal seara conforme a estrutura social, as relações sociais de produção e o antagonismo entre os grupos sociais (BARATTA, 2011, p. 76).

A crítica à falácia da igualdade foi feita inicialmente pelas teorias criminológicas do *labeling approach*, segundo as quais não existem comportamentos ontologicamente criminosos. O que ocorre é uma escolha sobre que condutas serão proibidas e que indivíduos serão selecionados pelo sistema de justiça para serem penalmente responsabilizados<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Tais teorias retiram o foco da análise criminológica do desvio como fato social, como delito natural e ontologicamente situado, para o processo de criminalização em si. Este último se constitui pela seleção de comportamentos proibidos –por parte dos legisladores – e pela seleção das pessoas que serão efetivamente etiquetadas pelos órgãos oficiais do sistema penal. Referidas teorias deixaram claro que o poder de

Desta forma, as teorias da criminalidade baseadas no *labeling approach* colocaram em dúvida o princípio da igualdade, alardeado pela ideologia da defesa social<sup>23</sup> (BARATTA, 2011). E isso porque demonstraram que a prática de condutas previstas abstratamente como criminosas é um comportamento não da minoria, mas da maioria da sociedade. No entanto, o rótulo de criminoso é atribuído apenas a alguns indivíduos, por parte de quem detém o poder de criar e de aplicar a lei penal. E tal atribuição (etiquetamento) é feita de forma seletiva, norteadada pela estratificação e pelo antagonismo dos grupos sociais (BARATTA, 2011, p. 112).

### *A anti-isonômica distribuição de bens sociais negativos*

A desigualdade inerente ao sistema de justiça criminal é tratada de modo interessante no conceito de criminalidade como bem negativo, desenvolvido por Fritz Sack (*apud* BARATTA, 2011, pp. 107-108).

Segundo essa ideia, a criminalidade é o oposto do privilégio e, como este, é socialmente distribuída, obedecendo a critérios de hegemonia social, à mesma maneira como são distribuídos os bens positivos.

Assim, além de a criminalidade não ser um dado ontológico, é “uma realidade construída socialmente através de processos de definição e de interação” (BARATTA, 2011, p. 108), passível de distribuição.

Portanto, sob tal perspectiva criminológica, através do processo penal – que integra, como visto, o processo de criminalização

---

criminalização e seu exercício possuem estreita relação com a estratificação e o antagonismo sociais. Por isso, negam que exista, no sistema de justiça criminal, observância ao princípio da igualdade (BARATTA, 2011, p. 113).

<sup>23</sup> A ideologia da defesa social é contemporânea às revoluções burguesas e se baseia nos princípios da legitimidade, do bem e do mal, da culpabilidade, da finalidade ou prevenção, da igualdade e do interesse social e delito natural. Segundo o princípio da igualdade, a lei penal é igual para todos, razão pela qual a reação ao crime se aplica de modo indistinto a todos os autores de delitos (BARATTA, 2001, p. 41-42).

e que permite às instâncias oficiais a interpretação do fato criminoso e a atribuição de sua prática a determinados autores de delitos – distribui-se o bem negativo “criminalidade”. E tal tarefa é feita observando-se os mesmos critérios de distribuição dos bens positivos, o que, em nossa sociedade, ocorre indubitavelmente de forma desigual.

### *Instrumento de assimetrias: processo penal como política de etiquetamento*

Logo, para as teorias da criminalidade baseadas no *labeling approach*, o sistema de justiça criminal seleciona *apenas* certos autores de crimes<sup>24</sup> - e não de modo aleatório - atribuindo-lhes a pecha de criminosos, com as consequências que daí advêm.

Como já afirmado acima, esse etiquetamento não é casual e ocorre de modo desigual, na medida em que algumas pessoas são devidamente alcançadas pelo sistema, e outras, não, o que constitui a cifra negra da criminalidade.

O processo penal, sob tal viés, é o instrumento que operacionaliza e propicia aos órgãos oficiais etiquetar alguém como criminoso e, portanto, distribuir o bem social negativo que é a criminalidade.

Por isso, para tais teorias, assume especial importância - em vez de estudar a etiologia do crime ou de perquirir porque alguém é levado a delinquir - lançar luzes sobre o poder de etiquetamento. Como se sabe, as instâncias oficiais do sistema penal (legisladores, polícia, juízes, membros do Ministério Público, entre outros) detêm o poder de estabelecer quais comportamentos e quais pessoas podem ser punidos.

<sup>24</sup> Segundo Alessandro Baratta, Fritz Sack inferia que, em uma sociedade como a da Alemanha Ocidental, entre 80% a 90% da população total, ao menos uma vez, violavam normas de direito penal (2011, p. 105).

Investigar por que determinado comportamento foi alçado à categoria de proibido e por que determinados indivíduos, dentre tantos que praticam fatos idênticos, são selecionados pelo sistema penal, assume especial relevo, já que

(...) o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detido por um grupo específico de funcionários que, pelos critérios segundo os quais são recrutados e pelo tipo de especialização a que são submetidos, exprimem certos estratos sociais e determinadas constelações de interesses (BARATTA, 2011, p. 111).

Tal questionamento leva à indagação sobre a existência de uma “justiça de classe”, composta por juízes extraídos de classes superiores e, em geral, acusados de classes inferiores, bem como por uma jurisprudência permeada de estereótipos, preconceitos e teorias do senso comum (BARATTA, 2011, p. 16).

## **Corrigindo as assimetrias pouco a pouco: a igualdade processual na jurisprudência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

No sistema jurídico doméstico, a igualdade está anunciada como valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceito e também como garantia fundamental do indivíduo<sup>25</sup>.

No processo civil brasileiro, o princípio se revela em sua plenitude nas normas que tratam da adequação subjetiva do processo, como, por exemplo, a assistência judiciária aos economicamente hipossuficientes; a intervenção do Ministério Público em função da incapacidade da parte; a concessão de prazos em dobro ou em quádruplo para o Ministério Público, a Fazenda e a Defensoria Públicas, bem como as regras de competência territorial diferenciadas para o alimentando e o consumidor.

---

<sup>25</sup> Vide preâmbulo e *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Já no processo penal pátrio, algumas normas e entendimentos jurisprudenciais são reputados exemplos do princípio ora tratado. Neste sentido, consideram-se manifestação dele a presunção da inocência e o direito ao contraditório; a vedação a que o juiz se substitua à acusação; o teor da Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal; a possibilidade de redução da fiança ou mesmo de sua dispensa, em concretização à equidade; o cabimento da revisão criminal apenas em favor do réu; a proibição da *reformatio in pejus* indireta; a possibilidade de impetração de *habeas corpus*, exclusivamente em benefício da pessoa acusada; a possibilidade de embargos infringentes e de nulidade, também exclusivos da defesa e, recentemente, o fim da prisão especial para quem tem diploma de curso superior<sup>26</sup>.

No âmbito internacional, o princípio da igualdade está previsto, entre outros, nos artigos 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 2º da Declaração Americana; 2º.1, 3º, 14.1, 14.3 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; 2º e 15 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; 2º, 5º e 7º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; 2º e 3º da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos; 1º, 8º.2 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; 2º.2.a), 3º.1, 4º.3, 20.1, 20.3, 24, 26 e 29 da Convenção n. 169 da OIT; 7º, 8º, 12, 14.3, 15.1, 15.2, 17.1, 18.4, 19.4, 21.2, 22.3, 27.1, 27.3.c.i, 27.3.c.iii, 27.3.c.vi e 36 da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas; 2º, 8º.2.e, 9º, 14.2, 15.2, 16.1, 21.1, 22.2, 24.1, 29.1, 46.3 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Ver o recente julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 334, em 31/03/2023, acórdão ainda pendente de publicação.

<sup>27</sup> Para mais referências, ver nota de rodapé número 33 da OC-18/03 (CORTE IDH, 2003).

Diante da profusão de normas estatuinto abstratamente o referido princípio, natural que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se tenha debruçado, em sua jurisdição consultiva, sobre a aplicação dele em relação a pessoas submetidas à persecução criminal.

Com efeito, no sítio da aludida Corte<sup>28</sup>, estão listadas as trinta opiniões consultivas emitidas até o momento, das quais duas tratam diretamente da problemática em questão na seara criminal, a saber, a OC-16/99, de 01/10/1999 e a OC-29/22, de 30/05/2022<sup>29</sup>, que serão analisadas a seguir.

### *A jurisprudência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos*

A jurisdição da Corte de São José pode ser contenciosa ou consultiva, conforme previsão, respectivamente, dos artigos 61 e 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A primeira delas, não obrigatória, é subsidiária às estatais. Por isso, é preciso que os Estados a aceitem (artigo 63 da Convenção Americana). Outrossim, constitui requisito de admissibilidade dos casos o prévio esgotamento dos recursos internos (artigo 46.1.a da Convenção Americana).

Por outro lado, quando exerce a sua função consultiva, a Corte analisa se estão satisfeitos os critérios *ratione materiae* e *ratione personae* dessa espécie de jurisdição.

Em relação ao primeiro aspecto, a ela incumbe dirimir dúvidas sobre a interpretação da própria convenção e de outros tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Igualmente, pode

28 C.f. [https://www.corteidh.or.cr/opiniones\\_consultivas.cfm](https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm).

29 A Corte abordou com profundidade a aplicação do princípio da igualdade, mas não sob o viés da persecução penal, na OC-18/03. Na oportunidade, afirmou ser preciso separar a "distinção" da "discriminação", por constituir esta última um tratamento não objetivo, não razoável e violador dos direitos humanos (CORTE IDH, 2003, §84). Outrossim, declarou expressamente que a igualdade e a não discriminação pertencem ao domínio do *jus cogens* (CORTE IDH, 2003, §101). Contudo, dado o objetivo estrito deste artigo, o precedente não será objeto de análise mais detalhada.

emitir pareceres sobre a compatibilidade das leis domésticas dos Estados com os referidos instrumentos internacionais.

No que assiste ao critério *ratione personae*, verifica-se quem formulou o pedido<sup>30</sup>: se os Estados membros da Organização dos Estados Americanos-OEA - mesmo que não tenham firmado a Convenção Americana, nem mesmo hajam reconhecido a jurisdição contenciosa da Corte - se a Comissão Interamericana e ou se outros órgãos da OEA<sup>31</sup>. Veda-se, porém, a iniciativa *motu proprio*.

A legitimidade dos órgãos da OEA para provocar a Corte abrange apenas as matérias inseridas “na sua esfera de competência”, o que se verifica quando o consulente possuir interesse institucional legítimo na resposta à dúvida. Já a legitimidade da Comissão é irrestrita, se versar sobre a própria Convenção Americana. Se, contudo, tiver por objeto outros tratados, deverá o órgão argumentar especificamente acerca de sua legitimidade (PASQUALUCCI, 2013, p. 43).

As consultas devem ser formuladas de forma abstrata, razão pela qual não se podem referir a nenhum contexto particular ou caso concreto. Contudo, devem voltar-se a solucionar problemas passíveis de ocorrer na prática. Por isso, não podem consistir em mera especulação acadêmica (CORTE IDH, 1987, §16).

Também não podem versar sobre casos contenciosos julgados, em curso ou que podem ainda ser levados à Corte na sua jurisdição contenciosa; não devem ser usadas como instrumento de debate político interno e não podem ser utilizadas como mecanismos para obter uma decisão indireta sobre um assunto em disputa ou em polêmica no interior dos Estados Americanos (CORTE IDH, 2022, §21).

<sup>30</sup> O rol de legitimados às consultas, no sistema interamericano, é mais amplo do que no global (ONU) e no europeu (PASQUALUCCI, 2013, p. 40).

<sup>31</sup> Os demais legitimados estão listados no artigo 53 da Carta da Organização dos Estados Americanos, a saber: Assembleia Geral; Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; Conselhos; Comissão Jurídica Interamericana; Secretaria-Geral; Conferências Especializadas e Organismos Especializados. Prevê-se, ainda, a possibilidade de criação de órgãos subsidiários, organismos e outras entidades que forem julgados necessários.

Através das consultas, a Corte está autorizada a interpretar qualquer tratado internacional de direitos humanos, aplicável nos Estados Americanos, mesmo que a ele adiram Estados alheios ao sistema regional (CORTE IDH, 1982). Ou seja, pode o órgão interpretar um tratado internacional entabulado no sistema global de proteção aos direitos humanos, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos da Organização das Nações Unidas. Assim, embora não tenham natureza vinculante, as opiniões consultivas podem ser mais eficazes que as decisões de casos contenciosos, na medida em que apresentam uma interpretação geral do direito internacional para todos os Estados (PASQUALUCCI, 2013, p. 37).

Contudo, o Tribunal pode abster-se de responder a uma consulta quando o questionamento disser respeito principalmente a compromissos internacionais assumidos por um Estado que não integra o sistema interamericano-SIDH. De igual modo, quando a indagação disser respeito à estrutura ou ao funcionamento de órgãos ou organismos internacionais alheios ao SIDH, quando a decisão puder ser menos favorável aos direitos humanos, bem como em casos análogos, a Corte pode esquivar-se de dar um pronunciamento à provocação dos legitimados (CORTE IDH, 1982).

Importante lembrar que, como a Comissão Interamericana, nos sete primeiros anos de existência do Tribunal internacional, não submeteu a este nenhum caso contencioso, a sua jurisdição foi exercida apenas por meio de opiniões consultivas (PASQUALUCCI, 2013, p. 19). Deste modo, embora a jurisdição consultiva, ao contrário da contenciosa, não seja vinculante, através dela, erigem-se padrões uniformes de proteção aos direitos humanos no Sistema Interamericano e confere-se concretude aos princípios subjacentes às leis (PASQUALUCCI, 2013, p. 80). Por fim, por seu intermédio, orientam-se todos os Estados da OEA e órgãos deste sistema regional

sobre questões jurídicas relevantes, relativas à proteção dos direitos humanos (CORTE IDH, 1999, §65).

### *A Opinião Consultiva 16 de 1999 e a concessão de garantias processuais distintas aos acusados estrangeiros*

Na OC-16/99, o México formulou doze perguntas à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a respeito do direito à assistência consular, previsto no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

Assim, entre outros questionamentos, indagou-se se a inobservância do direito de o estrangeiro preso - encarcerado, posto em prisão preventiva, ou detido de qualquer outra maneira - ser informado da possibilidade de comunicar-se livremente com os funcionários consulares de seu país de origem, constituiria uma ofensa às disposições contidas nos artigos 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (cláusula da igualdade e do devido processo legal), 3º da Carta da Organização dos Estados Americanos (princípios da OEA, entre os quais o da não discriminação) e 2º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (igualdade e não discriminação).

Inicialmente, partiu-se da premissa de que os direitos previstos no artigo 36.1.b e 36.1.c da Convenção de Viena sobre Relações Consulares têm natureza individual e se relacionam com as garantias judiciais mínimas do devido processo legal (CORTE IDH, 1999, §§84, 117 e 122).

Com efeito, entendendo que as normas do *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos devem ser interpretadas de forma evolutiva e dinâmica, a Corte Interamericana esclareceu só ser possível falar em devido processo quando o acusado puder

defender seus direitos de forma efetiva e em condições de igualdade processual com as demais pessoas<sup>32</sup>.

Assim, embora sem mencionar expressamente um terceiro aspecto da igualdade, para além do material e do formal, entende-se que, neste precedente, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos privilegiou a igualdade procedimental, ou mesmo a paridade participativa, explicadas nos tópicos anteriores.

Mais adiante, a Corte IDH afirmou que o processo (no caso, o penal) deve obrigatoriamente corrigir os fatores de desigualdade real. Assim, a presença destes “obriga a adoção de medidas compensatórias, que contribuam para reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impedem ou reduzem a defesa eficaz dos próprios interesses” (tradução livre).<sup>33</sup>

Destarte, inexistindo tais meios de compensação de desigualdades, aqueles que estão em condição de desvantagem não corrigida não usufruem do devido processo legal em condições idênticas às dos acusados que não enfrentam tais obstáculos (CORTE IDH, 1999, §119).

### *A Opinião Consultiva 29 de 2022 e a igualdade para grupos em situação especial de risco*

Na Opinião Consultiva OC-29/22, de 30/05/2022, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos-CIDH provocou a Corte a se pronunciar sobre a necessidade de ser conferido enfoque diferenciado a certos grupos de pessoas privadas de liberdade.

A Comissão fundamentou a consulta na teoria do impacto desproporcional. Alegou que o cárcere acarreta prejuízos

<sup>32</sup> No original: “(...) pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.” (CORTE IDH, 1999, §117).

<sup>33</sup> No original: “(...) obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses” (CORTE IDH, 1999, §119).

desproporcionais a determinadas pessoas, ainda que recebam o mesmo tratamento dispensado às demais, em idêntica situação de privação de liberdade. E isso porque, em razão de sua idade, sexo, gênero, etnia, orientação sexual e identidade e expressão de gênero, os efeitos deletérios do encarceramento atingem-nas de modo mais gravoso. Acrescentou que, ao não conferir um tratamento diferenciado a tais grupos, os sistemas penitenciários reproduzem e reforçam os padrões de discriminação e de violências já presentes na sociedade.

Assim, solicitou que a Corte erigisse *standards* para garantir o princípio da igualdade e da não discriminação em relação a tais grupos.

A consulta foi formulada em blocos de perguntas, divididas em “gerais”, “mulheres grávidas, no pós-parto ou lactantes”, “pessoas LGBT”, “indígenas”, “idosos” e “crianças que vivem com as mães encarceradas”.

As indagações gerais, cuja interpretação guiou de forma transversal as respostas formuladas quanto aos grupos específicos, foram duas. Primeiro, questionou-se se as cláusulas da igualdade formal (artigo 24 da Convenção Americana) e da não discriminação (artigo 1.1 do mesmo tratado) poderiam justificar a adoção de enfoques diferenciados aos grupos sujeitos a uma especial vulnerabilidade social. A seguir, indagou-se que obrigações concretas os Estados possuiriam em virtude do alcance das referidas cláusulas convencionais.

De partida, Corte de São José assentou que, embora outros grupos mereçam enfoques diferenciados, irá ater-se aos listados pela consulente em seu pedido, o que não impede que os Estados adotem outros enfoques diferenciados de acordo com as particularidades da sua população penitenciária (CORTE IDH, 2022, §69).

Assim, respondendo à provocação formulada pela CIDH, declarou que os princípios da igualdade e da não discriminação atualmente pertencem ao domínio do *jus cogens* (CORTE IDH, 2022, §57), tratando-se, portanto, de norma inderrogável e que prescinde de previsão nos sistemas jurídicos domésticos.

Além disso, asseverou que tal direito abarca uma concepção negativa, consistente na proibição de diferenças de tratamento arbitrárias, e uma positiva, relacionada à obrigação dos Estados de criarem condições de igualdade real para grupos historicamente excluídos ou que se encontram sob maiores riscos de discriminação (CORTE IDH, 2022, §59).

Outrossim, esclareceu que o artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece critérios apenas exemplificativos de discriminação odiosa, razão pela qual cabe ao intérprete atualizar o seu teor, a fim de conferir uma interpretação mais favorável aos direitos da pessoa humana (CORTE IDH, 2022, §60).

De igual modo, partiu da premissa de que a própria situação de detenção, só por si, já constitui uma situação de vulnerabilidade. Por isso, o estabelecimento de normas especiais, em favor de grupos vulneráveis - e com a finalidade de amainar a situação de vulnerabilidade - não ofende o princípio da não discriminação (CORTE IDH, 2022, §62).

Conclui, então, que: 1. deve-se garantir a dignidade das pessoas presas, sem nenhum tipo de discriminação, salvo as inerentes a essa condição; 2. são arbitrárias e injustificáveis as atitudes discriminatórias fundadas nos critérios listados no artigo 1.1 da Convenção Americana, os quais são meramente exemplificativos; 3. no contexto de privação de liberdade, exacerbam-se os sistemas de dominação social baseados no privilégio de uns e na opressão de outros; 4. ao deixar de conferir

direitos diferenciados a grupos minoritários e marginalizados no entorno carcerário, o Estado poderá estar resvalando na prática de tortura e em tratamento cruel, desumano ou degradante (CORTE IDH, 2022, §§ 63 a 68).

Portanto, a OC-29/22, definitivamente, assegura a grupos sociais especialmente vulneráveis um enfoque diferenciado do sistema de justiça criminal dos Estados, listando, concretamente, que medidas devem ser adotadas para garantir o tratamento digno e igualitário às mulheres grávidas, no pós-parto ou lactantes; às pessoas LGBT; aos indígenas; aos idosos e às crianças que vivem com as mães encarceradas.

## CONCLUSÃO

Se se parte da premissa de que, através do sistema de justiça criminal, o direito é concebido e aplicado, essencialmente, de maneira desigual, torna-se necessária a adoção de mecanismos que diminuam essa disfunção.

Com maior razão, parece intuitivo que, quando o aparato estatal criminal se volta contra indivíduos sujeitos a situações especiais de risco, essa desigualdade se torna um profundo fosso, que precisa ser adequadamente transposto.

Contudo, o tratamento diferenciado a ser conferido jamais poderá ser considerado um privilégio, pois visará, na verdade, a suprimir situações específicas de discriminação negativa, existentes na estrutura social, em relação a determinadas pessoas, como estrangeiros, indígenas, mulheres, idosos e pessoas transexuais.

No mais, o arcabouço de proteção consistente aos direitos humanos, promovido no Sistema Interamericano, permite afirmar que, no processo interpretativo das normas processuais penais

domésticas e das normas internacionais, devem-se ter no horizonte os princípios *pro persona*, da igualdade e da não discriminação. E o objetivo jamais será o de concessão de privilégios, mas, apenas, o de correção de distorções discriminatórias existentes nas estruturas sociais e, naturalmente, refletidas no sistema de justiça criminal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **Igualdade pelo processo: igualdade perante o direito mediante respeito aos precedentes**. Revista de Direito, Santa Cruz do Sul, v. 4, n. 4, p. 15-39, 1 jan. 2014.

ALVAREZ, Marcos César. **A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais**. Dados-Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Iuperj, v. 45, n. 4, p. 677-704, 2002. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/39152>>.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. São Paulo: Editora Madamu, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil**. IN: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 661-693.

\_\_\_\_\_ ; OSÓRIO, Aline. “**Sabe com quem está falando?**”: **Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo**. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 07, n. 13, 2016, p. 204-232. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistataceaju/article/view/21094/15886> Acesso em: 22 Set 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm); Acesso em: 19 Set 2021.

\_\_\_\_\_ ; **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm);

Acesso em: 19 Set 2021.

\_\_\_\_\_ ; **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm); Acesso em: 19 Set 2021.

\_\_\_\_\_ ; **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm); Acesso em: 19 Set 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado n. 159, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. Revista de Informação Legislativa, ano 46, n. 183, p. 55-66, jul/set, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194931/000871242.pdf?sequence=3&isAllowed=y>; Acesso em: 17 Jan 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-01/82, 24 de Setiembre de 1982, solicitada por el Perú.

Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_01\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf); Acesso em: 26 Mar 2023.

\_\_\_\_\_ ; Opinión Consultiva OC-09/87, de 6 de octubre de 1987, solicitada por El Gobierno de La República Oriental del Uruguay. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_09\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf); Acesso em: 26 Mar 2023.

\_\_\_\_\_ ; Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: [https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC\\_16.html](https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_16.html); Acesso em: 26 Set 2021.

\_\_\_\_\_ ; \_\_\_\_\_ ; Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf); Acesso em: 26 Set 2021.

\_\_\_\_\_ ; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf); Acesso em: 27 Jan. 2023.

\_\_\_\_\_ ; Opinión Consultiva OC-29/22, de 30 de mayo de 2022, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: [https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/seriea\\_29\\_esp.pdf#OC\\_29\\_PARR293](https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/seriea_29_esp.pdf#OC_29_PARR293); Acesso em: 27 Jan. 2023.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, ho-

mossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Ar-  
raes Editores, 2009.

DE ÁVILA, Gustavo Noronha. **O debate entre Luigi Ferrajoli e os  
abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas  
libertárias**. IN: Revista Jurídica Cesumar, maio/ago. 2016, v. 16, n.  
2, p. 543-561; Disponível em: [https://periodicos.unicesumar.edu.br/  
index.php/revjuridica/article/view/4410/2808](https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4410/2808); Acesso em: 02 Jan  
2023.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salva-  
dor: Editora Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igual-  
dade. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**.  
Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São  
Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789.  
Disponível em: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-  
-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-ci-  
toyen-de-1789](https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-ci-toyen-de-1789); Acesso em: 04 Out 2021.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition?**  
A political-philosophical exchange. London, New York: Verso, 2003.

\_\_\_\_\_; **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da  
justiça numa era “pós-socialista”**. Cadernos de Campo (São Paulo -  
1991), [S. l.], v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006. DOI: 10.11606/issn.2316-  
9133.v15i14-15p231-239. Disponível em: [https://www.revistas.usp.  
br/cadernosdecampo/article/view/50109](https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109). Acesso em: 16 Set. 2021.

\_\_\_\_\_ ; **Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça.** IN: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daneila; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167-189.

\_\_\_\_\_ ; **Uma réplica a Iris Young.** *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 2. Brasília, julho-dezembro de 2009, pp. 215-221. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/231183458.pdf>. Acesso em: 21 Set. 2021.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues.** Rio de Janeiro: Renavan, 2016.

GOMES DE SÁ, Cecília. **Paridade de participação em Nancy Fraser: potência, limites, possibilidade de aplicação do conceito ao direito brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife: 2022, 133p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** São Paulo: Malheiros, 2021.

MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia.** Palestra proferida no 3º Seminário Nacional Relações Raciais e Educação-PENESB-RJ, 05/11/03. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2009/09/Uma-abordagem-conceitual-das-noco-es-de-raca-racismo-identidade-e-etnia.pdf> Acesso em: 02 ago. 2022.

\_\_\_\_\_ ; **Diversidade, etnicidade, identidade e cidadania.** *Movimento-revista de educação*, n. 12, 18 dez. 2013. Disponível em:

[https://www.academia.edu/6967769/Diversidade\\_eticidade\\_identidade\\_e\\_cidadania](https://www.academia.edu/6967769/Diversidade_eticidade_identidade_e_cidadania) Acesso em: 02 Ago. 2022.

\_\_\_\_\_; **A QUESTÃO DA DIVERSIDADE E DA POLÍTICA DE RECONHECIMENTO DAS DIFERENÇAS**. *Crítica e Sociedade: revista de cultura política*, v. 4, n. 1, Dossiê: Relações Raciais e Diversidade Cultural, p. 34-45, jul. 2014. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/criticassociedade/article/download/26989/14725> Acesso em: 02 Ago. 2022.

NINA RODRIGUES, Raymundo. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011. E-book Kindle.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2018.

PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimotie. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. New York: Cambridge University Press, 2013.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos; **Teoria da Pena**. Fundamentos políticos e Aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SILVA JÚNIOR, Hédio. **O princípio da igualdade e o direito de igualdade processual**. IN: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Metodista de São Paulo*, v. 2, n. 2, 2005, p. 101-134.

SUPREME COURT OF UNITED STATES. **Case Plessy Vs. Ferguson. N. 210**. May 18, 1896. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537>; Acesso em: 04 Out 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.



# **CAPÍTULO 2**

---

## **A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016: IDENTIDADE E DESMEMBRAMENTO CONSTITUCIONAL.**

Felipe de Brito Alves Belo<sup>1</sup>  
Giselle Hoover Silveira<sup>2</sup>

---

1 Pós-Graduado em Direito Contratual pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Direito da Medicina pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) na Linha Teorias da Decisão Jurídica. Pesquisador. Atualmente é Assessor do Ministério Público Federal em Pernambuco.

2 Pós-graduada em Direito Processual Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu - IDPEE da Faculdade de Direito de Coimbra. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) na Linha de Jurisdição e Processos Constitucionais. Advogada.

**R**esumo: O presente artigo objetiva analisar, sob a ótica da teoria do emendamento constitucional inconstitucional, se a Emenda Constitucional n. 95/2016, que instituiu no Brasil o chamado “Novo Regime Fiscal” pelo prazo de 20 anos, contados de sua aprovação, mostra-se inconstitucional ou se representa verdadeiro desmembramento constitucional. Após incursão teórica sobre o atual estado da arte sobre o emendamento constitucional inconstitucional e acerca do panorama das emendas constitucionais no Brasil, passa-se a discorrer sobre as características da emenda constitucional. Na última seção, propõe-se uma análise estruturante da emenda constitucional n. 95/2016, cujo resultado é a observação da instauração de um estado de exceção econômica, configurando desmembramento constitucional, em violação à Identidade Constitucional brasileira. O tema é relevante para as discussões sobre o constitucionalismo contemporâneo e os limites ao emendamento da Constituição Federal de 1988, sendo de relevo propor uma abordagem que amplia os trabalhos até então realizados, focados precipuamente na inconstitucionalidade da emenda à luz das cláusulas pétreas e de princípios constitucionais. Conclui-se pela categorização da aludida emenda à espécie de desmembramento constitucional, segundo a teoria propalada por Richard Albert, tendo em vista a alteração, ainda que parcial, de elementos configuradores de Identidade Constitucional. A pesquisa foi conduzida na modalidade de revisão bibliográfica e documental, com aportes doutrinários, tendo adotado metodologia estruturante, por meio da alocação de critérios dogmáticos, procedimentais e substanciais.

**Palavras-chave:** Emendamento constitucional inconstitucional. Novo Regime Fiscal. Limitações ao Poder Constituído. Identidade constitucional. Desmembramento Constitucional.

**Abstract:** *This article aims to analyze, from the perspective of the theory of unconstitutional constitutional amendment, whether Constitutional Amendment n. 95/2016, which instituted the so-called “Novo Regime Fiscal” in Brazil for a period of 20 years, counting from its approval, is unconstitutional or represents a true constitutional dismemberment. After a theoretical foray into the current state of art on unconstitutional constitutional amendment and the overview of constitutional amendments in Brazil, we proceed to discuss the characteristics of constitutional amendment. In the last section, a structuring analysis of constitutional amendment n. 95/2016 is made, whose result is the observation of the establishment of a state of economic exception, configuring a constitutional dismemberment, in violation of the Brazilian Constitutional Identity. The theme is relevant to discussions on contemporary constitutionalism and the limits to amending the Federal Constitution of 1988, and it is important to propose an approach that expands the works carried out so far, focused primarily on the unconstitutionality of the amendment in the light of entrenched clauses and constitutional principles. It concludes by categorizing the aforementioned amendment to be a constitutional dismemberment, according to the theory propagated by Richard Albert, in view of the alteration, albeit partial, of elements that configure Constitutional Identity. The research was conducted in the form of a bibliographical and documental review, with doctrinal contributions, having adopted a structuring methodology, through the allocation of dogmatic, procedural and substantial criteria.*

**Keywords:** *Unconstitutional constitutional amendment. Novo Regime Fiscal. Limitations on Constituted Power. Constitutional identity. Constitutional Dismemberment.*

## INTRODUÇÃO

As teorias do emendamento constitucional inconstitucional, desenvolvidas inicialmente na França, Alemanha e Estados Unidos, pressupõem que as constituições escritas, para cumprirem a pretensão de estabilidade e permanência no tempo, demandarão alterações no texto, com vistas a manter as condições de eficácia da Constituição vigente, sob pena de serem subvertidas pela imposição das exigências do plano da realidade. Ao longo do último século, foi possível observar o avanço e a adoção dessas teorias em várias partes do mundo, influenciando também as constituições de Portugal e do Brasil, este último sendo uma das únicas ex-colônias ultramarinas a prever na Carta Maior limitação expressa ao emendamento, sob a forma de cláusulas pétreas (ALBERT, 2018).

Desse pressuposto, exsurge o debate sobre possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no sentido de definir a compatibilidade, ou não, do emendamento realizado com a ordem constitucional, inclusive em relação aos limites implícitos em determinada ordem constitucional (COLÓN-RIOS, 2021).

Para tanto, os teóricos e a jurisprudência das Cortes Constitucionais buscam parametrizar e classificar as alterações formais<sup>1</sup> nas constituições, de modo a interpretá-las à luz da Constituição vigente e identificar (I) quais estão no espectro do emendamento regularmente autorizado pela própria ordem constitucional e aprimora ou atualiza seus sentidos; e (II) quais teriam a pretensão de reduzir, em maior ou menor grau, a ordem constitucional (ALBERT, 2019, p. 03).

É necessário destacar a ausência de acordo teórico-doutrinário sobre os conceitos, classificações e alcances das teorias do emendamento

<sup>1</sup> Importante destacar a existência de teorias que igualmente reconhecem o emendamento informal à Constituição, mas que não serão debatidas no presente artigo, como bem expõe Sanford Levinson (LEVINSON, 2001, p. 274).

constitucional inconstitucional, pois seu desenvolvimento ocorre de forma não homogênea em diferentes países, com destaque para análises de direito comparado acerca dos limites de atuação das Cortes Constitucionais na avaliação da constitucionalidade de emendas (COLÓN-RIOS, 2021, p. 636). A chave comum de deciframento de dita tese, entretanto, quer no campo de existência, quer no de aplicação, é a de que esta encontra sentido no bojo de sistemas democráticos – excluindo-se, portanto, os sistemas totalitários – e se converte em potencial ferramenta de resistência a propostas constitucionais que ameacem valores fundamentais da ordem democrática (COLÓN-RIOS, 2021, p. 636).

O lançamento, em 2017, da 1ª edição do livro “*Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Power*”, de Yaniv Roznai, marca essa mais recente onda de desenvolvimento teórico (ALBERT *et al*, 2022). Pela falta de consolidação no tempo, ainda não se verifica indiscutível acople entre a teoria e o mundo fático, indicando ausência de completude do processo de decantação absoluta de seus pressupostos teóricos, de modo a permitir aperfeiçoamento de seus conceitos e repercussões, bem como de seu alcance e limitação.

De toda sorte, a utilização deste marco teórico se mostra compatível com a complexidade dos fenômenos constitucionais contemporâneos, ao servir como chave metodológica para uma análise não apenas formalista, mas estruturante das alterações constitucionais e dos procedimentos para tanto adotados.

Invocando especialmente os aportes teóricos de Richard Albert, o objeto da presente pesquisa consiste em analisar se a Emenda Constitucional nº 95/2016 ostenta compatibilidade com a ordem constitucional brasileira ou representa tão profunda alteração constitucional que pode estar situada no campo do emendamento

constitucional inconstitucional ou, ainda, do desmembramento constitucional (ALBERT, 2018).

Para tanto, na primeira seção, será debatido o estado da arte da teoria do emendamento constitucional inconstitucional, de modo a estabelecer o marco teórico do referido estudo e, para evitar a importação automática de conceitos dissociados do contexto nacional, apresenta-se também um panorama acerca das normas da Constituição Brasileira sobre emendamento constitucional e compilação dos dados disponíveis acerca das alterações constitucionais formais até hoje realizadas.

Na segunda seção, cuidaremos de apresentar os principais pontos do conteúdo normativo introduzido pela Emenda Constitucional nº 95/2016, que instituiu no Brasil o chamado “Novo Regime Fiscal”, seguido das linhas teóricas antagônicas que justificaram e apresentaram críticas ao projeto de emenda constitucional e, por isso, norteiam o atual debate acerca da (in)constitucionalidade da emenda.

Na pesquisa realizada, é possível observar que a maior parte dos estudos se debruça sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 95/2016, por entenderem que o texto importa violação a cláusulas pétreas e princípios constitucionais, além de projetarem os impactos econômicos e sociais para o período de 20 anos de sua vigência. Por outro lado, há pouco aprofundamento do tema à luz própria das teorias do emendamento constitucional inconstitucional e, em especial, sobre a legitimidade do Poder Constituído de contribuir para um estado de exceção econômica decorrente da emenda. Ainda que não seja este o objeto do presente artigo, a questão da legitimidade merece ser realçada (MARIANO, 2017).

A partir dessas informações, na terceira seção, passa-se a uma análise metodológico-estruturante da Emenda Constitucional nº

95/2016, para, de acordo com o marco teórico estabelecido, verificar (I) se pode ser considerada emenda constitucional; (II) se está situada no campo do emendamento constitucional inconstitucional ou (III) se configuraria verdadeiro desmembramento constitucional. A inovação da presente abordagem se dá em razão da utilização da análise metodológico-estruturante, aliada à incipiente, no Brasil, teoria do emendamento constitucional inconstitucional.

A análise metodológico-estruturante aqui proposta consiste num recorte da teoria estruturante do direito (MÜLLER, 2011), buscando uma decantação prática da teoria sobre o objeto de estudo, mediante a extração e a análise dos elementos dogmáticos, substanciais e procedimentais que informaram o processo de emendamento constitucional vinculado à EC 95/2016.

### **Apontamentos sobre a Teoria do Emendamento Constitucional Inconstitucional e o panorama das Emendas à Constituição Federal de 1988 no Brasil.**

Para decifrar a tensão entre a pretensão de permanência do texto constitucional e as demandas político-sociais de sua atualização e adaptação à realidade, é necessário observar a distinção teórica entre o Poder Constituinte Originário, enquanto ilimitado e inesgotável<sup>2</sup>, o Poder Constituinte Reformador, regulamentado pela Constituição e no qual reside o poder de emendamento e, por fim, o Poder Constituído, cuja atuação é limitada por cláusulas pétreas ou entrincheiradas – ou, ainda, limitações implícitas<sup>3</sup>.

A nível de desenvolvimento da teoria, os princípios básicos da proibição ao emendamento constitucional estão vinculados

2 Não obstante, alguns trabalhos já debatem a existência de limitações inclusive ao próprio Poder Constituinte Originário, a ver os estudos sobre reforma revolucionária na Venezuela, desenvolvidos por Joshua Braver, com base nas teorias de Hannah Arendt (BRAVER, 2017).

3 Richard Albert discorre que, após a II Guerra Mundial, Carl Schmitt foi invocado por muitos juristas na construção da ideia de limites substanciais ao emendamento constitucional, ainda que não explícitos – ver em ALBERT (2018, p. 713).

diretamente à noção de Identidade Constitucional, dimensão para além do campo típico normativo e relacionada ao modo pelo qual a Constituição é compreendida por aqueles insertos na jurisdição, por aqueles fora de sua autoridade, ou por ambos (ALBERT, 2018).

As limitações ao emendamento significam que a produção de uma nova Constituição ou de uma nova Identidade Constitucional não pode ser atingida através do procedimento regular previsto na Carta, exigindo um processo constituinte diverso, próprio e externo ao texto para legitimar uma alteração ou ruptura mais profunda com a essência constitucional (ROZNAI, 2017, p. 03), ou seja, um daqueles raros momentos de afloramento do próprio Poder Constituinte Originário<sup>4</sup>.

Sobreleva destacar, também no âmbito de um desenvolvimento da teoria, que a relação entre Poder Constituinte e Poder Constituído não é necessariamente binária, podendo apresentar um caráter polimórfico. Para colôn-rios, essa característica exigiria uma visão escalonada dos poderes de emenda: quanto mais profunda a alteração material na constituição, mais complexas e rígidas deveriam ser as exigências formais para alcançá-la, inclusive através de meios de expressão de soberania popular, tais como plebiscitos e referendos (ROZNAI, 2017, p. 15 e 27), compondo verdadeiros degraus hierárquicos de deliberação (COLÓN-RIOS, 2021, p. 622) e, por via de consequência, de legitimação.

O grande desafio reside justamente em marcar os limites do poder de reforma, ou seja, quais são os óbices explícitos e implícitos às alterações normativas constitucionais e os procedimentos adequados para atingi-las de forma legítima, demandando um debate igualmente desafiador acerca do papel e dos limites das Cortes Constitucionais

<sup>4</sup> Yaniv Roznai sustenta que a soberania popular representa um mito e se materializa apenas em momentos específicos da vida política, a exemplo de situações de suspensão dos partidos políticos e de coeso desenvolvimento democrático, quando, por exemplo, são realizados referendos - Idem, p. 06.

na análise das alterações realizadas pelo Poder Constituído ao corpo constitucional<sup>5</sup>, especialmente quando, não sendo ostensivamente autoritárias, podem afetar a Identidade Constitucional e o Estado Democrático de Direito em seus princípios mais basilares.

A deliberação acerca da constitucionalidade do emendamento admite, no Brasil, duas formas, tendo como filtro o critério temporal, podendo ser (I) preventivo, quer dizer, antes ou durante o processo legislativo-formal, inclusive no que tange aos procedimentos adotados pelo Parlamento e (II) *a posteriori*, no sentido de analisar a constitucionalidade do produto legislativo e dos efeitos derivados da mudança (ROZNAI, 2017, p. 15).

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, previu duas formas de alteração de seu texto através do processo legislativo e, portanto, do Poder Constituído: (I) o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias previu a possibilidade de emendas constitucionais de revisão, nos 05 anos seguintes à sua promulgação<sup>6</sup>; (II) o art. 60 da própria Constituição disciplina a legitimidade de propositura e o procedimento para tramitação de emendas ao texto constitucional, assim como as vedações explícitas ao emendamento – com destaque para o parágrafo 4º, no qual estão elencadas as cláusulas pétreas de limitação ao Poder Constituído<sup>7</sup>.

A Carta Magna brasileira pode ser considerada rígida no que tange à previsão expressa de cláusulas pétreas, mas flexível quanto à possibilidade de emendamento sobre matérias eivadas de lateralidade, o que poderia explicar a grande quantidade de emendas aprovadas no período de vigência da Carta (total de 125) e, por outro lado, a

<sup>5</sup> Discussão travada, dentre outros, por Joel Colón-Rios (COLÓN-RIOS, 2021).

<sup>6</sup> Esse momento de revisão constitucional se materializou através das Emendas de Revisão n. 01/1994, n. 02/1994, n. 03/1994, n. 04/1994, n. 05/1994 e n. 06/1994.

<sup>7</sup> Os incisos I, II e III do art. 60 delimita os sujeitos legitimados à iniciativa de emenda à Constituição, quais sejam, no mínimo um terço dos membros de uma das casas do Congresso Nacional, o Presidente da República ou, ainda, mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados, através da manifestação da maioria relativa de seus membros.

resiliência constitucional acerca dos seus princípios fundamentais (VIEIRA; BARBOSA, 2018, p. 377 e 388/389).

Apesar da preocupação em detalhar o procedimento e os limites dos agentes políticos no processo de emendamento, e até diferenciar as hipóteses de cabimento de “revisão constitucional” e de “emendamento constitucional”, a Constituição Brasileira não discorre propriamente sobre tais conceitos e limites, tema central no estudo das alterações constitucionais formais (ALBERT, 2019, p. 02). Apesar da ausência de consenso doutrinário sobre uma distinção clara entre os dois institutos, que deve ser feita conforme a conjuntura e o desenho constitucional porventura analisados, Richard Albert entende que o emendamento pode ser identificado como um esforço de continuidade do projeto decorrente da atuação do Poder Constituinte, enquanto a revisão constitucional introduziria alteração tão extraordinária e inconsistente com os pressupostos fundamentais da Constituição, que contribuiria para sua destruição (ALBERT, 2019, p. 01). No caso brasileiro, o Poder Constituinte reservou, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a janela temporal de 05 após a promulgação da Carta para eventuais emendas de revisão e esta janela se encontra encerrada.

A Constituição Brasileira também não previu explicitamente a competência do Supremo Tribunal Federal para avaliar – preventivamente ou *a posteriori* – as emendas ao texto constitucional. Com base em construção jurisprudencial<sup>8</sup>, a Corte Suprema vem realizando este controle via Mandado de Segurança, quando há impugnação de proposta de emenda constitucional ainda durante o processo legislativo (JUNIOR, 2016, p. 04), e via Ação Direta de Inconstitucionalidade, quando provocada após a aprovação de uma emenda constitucional, obedecendo, a princípio, à mesma lógica

<sup>8</sup> Notadamente, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939, ocorrido em 15 de dezembro de 1993 (JUNIOR, 2016, p. 02).

adotada para o controle de constitucionalidade das leis ordinárias (ALBERT, 2018).

O saldo dessa dinâmica de emendamento, no período de vigência da atual Constituição brasileira, pode ser assim amealhado: através das 125 emendas constitucionais promulgadas pelo Congresso Nacional até 2018, houve um incremento de 44% no texto constitucional (DE OLIVEIRA, 2021).

Uma leitura qualitativa desses números aponta que poucas emendas alteraram compromissos fundamentais da Constituição, relacionados à “estrutura paramétrica estável da política” (*polity*), e 80,5% delas versam sobre aspectos periféricos, através da adição de elementos ao texto, referentes a “políticas públicas, ao resultado do jogo disputado de acordo com as regras vigentes”, sem, a princípio, alterar a estrutura básica de direitos e garantias (*policy*) (COUTO; ARANTES, 2006, p. 47).

O objeto principal dessas emendas vinculadas à *policy* tem sido a política fiscal e tributária (total de 33 emendas), tema que também ocupa o segundo lugar no *ranking* das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal, ficando atrás apenas das matérias relacionadas aos servidores públicos e ao sistema político-eleitoral (DE OLIVEIRA; ARGUELHES, 2021, p. 05).

Para compreender as frequentes emendas à Constituição brasileira em matéria fiscal e tributária, é preciso lembrar a desconfiança estabelecida entre as forças políticas nos debates da Assembleia Constituinte de 1987, que buscaram fixar no texto constitucional a direção das políticas públicas e sociais conciliando interesses totalmente diversos. Como consequência, o texto original da Carta Magna previu detalhadamente a concretização de direitos e

princípios (VIEIRA; BARBOSA, 2018, p. 376), mas sem necessariamente prever os meios práticos e orçamentários para alcançá-los.

Desde então, no caso brasileiro, as emendas constitucionais têm servido como principal meio para viabilizar o manejo do orçamento e a consequente implementação do programa de governo a cada novo sufrágio (DE OLIVEIRA; ARGUELHES, 2021, p. 02). Muito embora o procedimento constitucional de emendamento seja mais exigente do que a produção de lei ordinária e o Poder Executivo tenha reduzido poder de agenda como enquadramento<sup>9</sup> - pois, afora a prerrogativa na propositura da emenda, não pode elaborar pedido de urgência ou veto - é fato que, uma vez aprovada, a emenda constitucional representa maior resistência a posteriores alterações, gerando alguma estabilidade jurídica e, sob essa ótica, reduzindo os custos políticos de obtenção de consenso no parlamento (NORONHA, 2011, p. 13).

Em especial, o emendamento ao Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias - ADCT tem sido frequentemente emendado como forma mais segura e estável aos governos para manejar o orçamento e concretizar seus programas (COUTO, 2018, p. 197), o que, segundo alguns autores, sinaliza um esvaziamento de seu caráter transitório, afastando-o de sua função (COUTO, 2018, p. 196) e natureza originais, cujas normas temporárias e de exceção visavam apenas a assegurar a transição para a nova ordem constitucional inaugurada em 1988.

Sejam no corpo da própria Constituição ou no Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias, a estratégia adotada pelos governos de propor, negociar e aprovar frequentes emendas constitucionais, especialmente em matéria orçamentária, igualmente auxilia a explicar o volume de impugnações à constitucionalidade

<sup>9</sup> "O poder de agenda como enquadramento é exatamente o processo pelo qual após a formação da agenda o universo de alternativas é restringido a um pequeno conjunto de opções para dar conta do tema em tela. Trata-se de processo sobre o qual as regras dizem pouco - para não dizer nada - a respeito", conforme se lê em SANTOS (2018).

de emendas e trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, muitas de iniciativa dos próprios partidos políticos envolvidos no processo legislativo (DE OLIVEIRA; ARGUELHES, 2021, p. 38).

A Emenda Constitucional nº 95/2016, ora analisada, insere-se justamente nesse contexto, pois, a partir da Proposta de Emenda Constitucional n. 241/2016, originária da Câmara dos Deputados (nº 55/2016 no Senado), versou sobre matéria fiscal e orçamentária, instituindo no Brasil o chamado “Novo Regime Fiscal”, pelo prazo de 20 anos a partir de sua aprovação.

Ainda no processo legislativo, a Proposta de Emenda Constitucional n. 241/2016 foi impugnada através do Mandado de Segurança nº 34.448, sob a alegação de que violava cláusula pétrea, porque era tendente a abolir direitos e garantias individuais.

O Supremo Tribunal Federal negou seguimento ao referido *writ*, deixando de analisar o mérito da impetração, sob o argumento que a Corte não deveria, naquele momento, interferir na atuação do Poder Legislativo, ou seja, reservando-se a não atuar de forma preventiva sobre a proposta (JUNIOR, 2016, p. 05). A referida decisão judicial é considerada conservadora por aqueles que a compreendem como verdadeira renúncia ao exercício de importante competência, já que o art. 60 da Constituição Federal veda até mesmo a *tramitação* de propostas que *tendam* a abolir cláusulas pétreas (JUNIOR, 2016, p. 07).

Posteriormente à aprovação do texto, a Emenda Constitucional nº 95/2016 foi a que recebeu maior número de questionamentos perante o Supremo Tribunal Federal, representando 6% do total das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais<sup>10</sup>, forte indício das controvérsias e disputas políticas em torno de seu conteúdo.

<sup>10</sup> A título de exemplo, estão pendentes de julgamento sobre o tema as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5633, 5643, 5658, 5680, 5715 e 5734.

## **As alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 95/2016: apontamentos teóricos e debates sobre o novo regime fiscal.**

A Proposta de Emenda Constitucional n. 241/2016, em meio a crises relacionadas e fatores políticos e econômicos, defendeu uma agenda de necessidade de equilíbrio das contas, redução dos gastos da União e controle da dívida pública, culminando, através da Emenda Constitucional n. 95/2016, na implementação do chamado “Novo Regime Fiscal”, mediante as seguintes alterações constitucionais: (I) acréscimo dos artigos 106 a 114 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; (II) revogação do art. 2º da Emenda Constitucional nº 86/2015 e (III) previsão de vigência imediata para suas disposições.

As alterações no Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias implementaram teto de gastos e investimentos públicos (despesas primárias) pelos 20 anos seguintes à sua aprovação, vinculando o orçamento anual da União ao orçamento do exercício anterior, corrigido apenas pela inflação, tomando o ano de 2017 como parâmetro<sup>11</sup>.

Por consequência, o limite dos gastos do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União passou a obedecer ao limite do exercício anterior, corrigido pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Aplicado - IPCA. Na prática, impede-se o crescimento das despesas totais e reais do governo acima da inflação e os investimentos em determinadas áreas dependerão do corte de gastos em outras (MARIANO, 2017, p. 261), afetando, por consequência, primados constitucionais.

<sup>11</sup> Apenas para os gastos com educação e saúde, o ano de referência é 2017 e, portanto, a dinâmica do Novo Regime Fiscal se iniciou em 2018.

No caso da saúde e da educação, independentemente da retomada do crescimento econômico ou do aumento da demanda de serviços públicos pela população, o Novo Regime Fiscal promove verdadeira desvinculação das despesas aos percentuais constitucionalmente previstos (respectivamente, de 15% e 18%), resumindo-os à sucessiva e anual correção dos valores absolutos despendidos no ano de 2017, ano de referência (JUNIOR, 2016, p. 36).

O novel art. 108 do ADCT, em específico, prevê que as disposições introduzidas pela referida emenda constitucional só poderão ser objeto de alteração quanto ao índice de correção anual e a partir de 10 anos de sua vigência.

Autores críticos à referida emenda constitucional (JUNIOR, 2016, p. 36) argumentam que a alteração tenderia a abolir as cláusulas pétreas constitucionais da separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais, além de princípios constitucionais, tais como a proibição do retrocesso nos direitos sociais, pois o congelamento dos gastos, pelo extenso período de vinte anos, atingirá frontalmente o desenvolvimento das atividades das instituições e a disponibilidade de serviços prestados pelo Estado, sendo absolutamente incompatível com o aumento e o envelhecimento da população brasileira. Ainda destacam que o gasto do ano de 2016, referência para a maior parte dos gastos a serem realizados na vintena seguinte, já contou com uma das maiores contrações na execução orçamentária (JUNIOR, 2016, p. 19).

Ainda como efeito, a emenda obstará a concretização da vontade do povo expressa através do sufrágio popular, pois a materialização do programa de governo do Poder Executivo eleito, no contexto brasileiro, depende diretamente do manejo orçamentário (MARIANO, 2017, p. 261).

Cynara Mariano acrescenta que um dos maiores problemas da emenda constitucional reside no art. 102, § 6º, do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias, pois não foram excluídos do teto o pagamento de juros e amortizações da dívida pública, nem os percentuais obrigatórios de gastos com saúde e educação, com potencial para causar um orçamento anacrônico e correspondente ao que a doutrina tem tratado como “estado de exceção econômico” (MARIANO, 2017, p. 262).

Também se entende como problemática a exclusão do teto das despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes, cujo fenômeno, quando analisado junto a outros projetos de lei, resulta na remuneração rápida de investidores através de ilegal antecipação de crédito e no aprofundamento da dívida pública, podendo surtir efeitos semelhantes ao que ocorreu na crise econômica grega instalada após 2008 (MARIANO, 2017, p. 264/265). Ou seja: privilegia-se o pagamento da dívida pública independentemente do quanto ela cresça – muito embora alguns autores entendam que esta é justamente a origem do déficit do orçamento brasileiro (ROZNAI; KREUZ, 2018, p. 40) – ao invés de se priorizar a manutenção e o financiamento de programas e políticas sociais.

As contradições instauradas pela emenda, que não privilegia no orçamento os direitos sociais convencionados na Carta Magna, leva alguns autores a concluir que o Novo Regime Fiscal “suspende, por consequência, o projeto constituinte de 1988, e retira dos próximos governantes a autonomia sobre o orçamento, salvo se houver, no futuro, em uma nova gestão, outra proposta de emenda constitucional em sentido contrário” (MARIANO, 2017, p. 276).

Numa leitura política, a emenda refletiria a decantação de uma reação conservadora de setores do país que não se alinhavam à Constituição dirigente promulgada em 1988, cuja teleologia é a

instituição de um estado de bem-estar social no Brasil e buscaram, após o impeachment da ex-Presidenta Dilma Rousseff, sob o argumento de que seu governo teria gerado um déficit público, impor a agenda consensual neoliberal prevista para os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento (MARIANO, 2017, p. 276).

Essa providência tem como resultado previsível o aumento da desigualdade social, a recessão econômica e o aumento de lucros para poucos (ROZNAI; KREUZ, 2018, p. 42), ao se adotar uma lógica de corte de gastos, ao invés de investimento adequado, sabotando a Constituição e agravando a crise a curto e médio prazo (MARIANO, 2017, p. 275).

Esse conjunto de problemas representaria ostensiva “*opção por uma antidemocracia econômica*” (MARIANO, 2017, p. 262), pois, conforme a lógica do novo regime fiscal, bilhões seriam “*expropriados das políticas sociais para remunerar os investimentos dos donos da dívida pública brasileira*”, refletindo o constrangimento que o sistema da dívida pública exerce sobre a Constituição e sobre os serviços públicos, podendo se considerar a imposição de um verdadeiro estado de sítio fiscal (MARIANO, 2017, p. 264/267 e 280), de modo a afetar o princípio da proibição do retrocesso nos direitos sociais e até o próprio mandamento constitucional da segurança jurídica:

A problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica. (...) a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana. Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas (SARLET, 2007, p. 436-437).

Yaniv Roznai e Letícia Regina Cardoso Kreuz (2018), em artigo crítico à Emenda Constitucional nº 95/2016 e que adere aos argumentos acima apresentados, defendem se tratar de hipótese de emendamento constitucional inconstitucional por violar cláusulas pétreas da Constituição brasileira de 1988, notadamente o princípio da forma federativa de governo e os direitos fundamentais, por compreenderem que tais cláusulas devem ser interpretadas de forma não restritiva e, por isso, servem como barreira não apenas para uma emenda que tende a *abolir* determinado preceito, mas também para qualquer emenda que altere algum elemento conceitual nessas cláusulas – por exemplo, na hipótese de emenda que iniba a capacidade de auto organização, governo e administração dos estados, ou que simplesmente reduza direitos fundamentais.

Para esses autores, alternativamente, a Emenda Constitucional ainda seria inconstitucional sob a ótica do controle de convencionalidade, considerando o Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Os argumentos favoráveis à Emenda Constitucional nº 95/2016, por outro lado, partem do pressuposto de que o Poder Constituinte Reformador está limitado apenas pelas cláusulas pétreas explícitas, cuja interpretação deve ser restritiva. Entendem, ainda, que o equilíbrio financeiro e fiscal é princípio absolutamente relevante e previsto na Constituição Federal de 1988 e, portanto, os agentes políticos devem atentar à sua efetivação, inclusive pela via do emendamento constitucional e, especialmente, em momento de profunda crise econômica e descontrole dos gastos públicos, como aquele vivido no momento de sua aprovação (VALLE, 2017, p. 248).

Quanto ao princípio da separação entre os poderes, alega-se que o congelamento de gastos afeta de forma isonômica todos eles

e, por essa razão, não promove qualquer desequilíbrio e não retira a independência de cada um dos poderes para executar seu orçamento. Por outro lado, eventual impacto sobre os serviços públicos e direitos fundamentais não decorreria, de plano, do texto do emendamento, pois se espera que a limitação fomente maior senso de prioridade e racionalidade aos gastos públicos, imprimindo maior qualidade na aplicação dos recursos (VALLE, 2017, p. 252/253).

Respondendo às críticas de que os efeitos da emenda constitucional ao desenvolvimento social do país seriam deletérios, esta corrente de análise defende que tais efeitos apenas seriam mensuráveis se e quando se perfectibilizarem no decurso do tempo, e não mediante projeção de eventual retrocesso social (VALLE, 2017, p. 229).

Feitas essas ponderações acerca do estado da arte da discussão, propomos uma análise metodológico-estruturante da referida Emenda Constitucional nº 95/2016, de modo a identificar se o Novo Regime Fiscal se situa dentro do espectro possível do dirigismo governamental das políticas públicas, com a finalidade de preservar o princípio da responsabilidade fiscal, ou se representa alteração tão profunda de preceitos e da Identidade da Constituição, que deva ser considerada emendamento constitucional inconstitucional ou, ainda, possível desmembramento constitucional.

### **Uma análise estruturante da Emenda Constitucional nº 95/2016 – “novo regime fiscal”.**

Como se expôs na análise prévia, as emendas constitucionais no campo fiscal, tributário e orçamentário têm sido consideradas pela doutrina como formas de alteração constitucional apenas no âmbito de *policy* (DE OLIVEIRA; ARGUELHES, 2021, p. 05), com a finalidade de implementar os programas de cada governo. Essa dinâmica de

emendamento, ainda que frequente, concretiza alterações periféricas no texto constitucional, mas mantém uma resiliência de seus princípios fundantes, em conformidade com a cultura constitucional produzida na disputa de forças políticas que levou ao consenso de 1988 (VIEIRA; BARBOSA, 2018, p. 382/383).

Contudo, por suas características, a Emenda Constitucional nº 95/2016 logo se apresentou como uma modificação muito mais profunda do que aquelas anteriormente realizadas no jogo político e é apontada como sendo, na prática, a maior alteração no campo dos direitos sociais durante os mais de 30 anos de vigência da Constituição, ao implementar teto e congelamento de gastos e afetar diretamente o sistema de vinculação orçamentária do financiamento público, inclusive nas áreas da educação e da saúde (VIEIRA; BARBOSA, 2018, p. 387).

Por ser apontada como a instauração de uma verdadeira imposição de “exceção econômica”, a Emenda Constitucional nº 95/2016 demanda uma análise metodológico-estruturante que, à luz da teoria do emendamento constitucional inconstitucional, leve em consideração a pretensão de manutenção da Identidade da Carta brasileira.

Na Ação Direta de Arguição de Preceito Fundamental n. 33, julgada em 07 de dezembro de 2005, o STF forneceu elucidativo método de análise e verificação de violação a preceito fundamental, igualmente aplicável à análise de cumprimento de princípios basilares da Constituição<sup>12</sup>, frisando o seguinte:

12 Consoante voto do Ministro Gilmar Mendes, “É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J.J. Gomes Canotilho em relação à imitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros ‘limites textuais implícitos’ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, p. 1.049).

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, na forma federativa do Estado ou nos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmen-

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental tal como assente na ordem constitucional, **mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.**

Transmutando este raciocínio para as emendas constitucionais, mesmo que o novel texto não anuncie, por exemplo, a explícita abolição de determinado direito, deve-se questionar se afeta normas que conferem densidade e concretização a este e, sob tal ótica, analisar a constitucionalidade da alteração.

Além disso, é necessário observar os diferentes graus de alteração constitucional, na tentativa de identificar se o emendamento é constitucional ou inconstitucional e, mais ainda, se configura revisão ou desmembramento da Constituição.

Adentrando na seara metodológica, passa-se à extração de signos derivados da congruência – quando possível – entre o aporte teórico acima identificado e elementos fáticos obtidos através de inspeção do trâmite da Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016, cuja aprovação culminou na Emenda Constitucional nº 95/2016, de modo a se obter elementos dogmáticos, substanciais e procedimentais.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016 tramitou e obedeceu aos procedimentos constitucionais acerca da legitimidade de propositura, quórum e número de votações, não existindo impugnação junto ao Supremo Tribunal Federal sob a ótica dos procedimentos adotados ao longo do processo legislativo.

Além disso, a Proposta foi alvo de 58 pedidos tempestivos de audiência pública, todos com convite ou convocação de autoridades, inexistindo qualquer negativa nesse sentido pelo Relator da

---

te, das suas relações de interdependência” – Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 33-5/PA. Tribunal Pleno. Julgado em 07 de dezembro de 2005.

mencionada Proposta. Todas as audiências públicas requeridas foram realizadas, não só pelo Congresso Nacional, já que houve reverberação do debate legiferante nas Assembleias Estaduais, com posições por vezes antipodais.

Ainda assim, a realização das audiências nos moldes mencionados demonstra a efetiva materialização da elevação da ponte de vocalização democrática, pelo qual o emendamento, em perfunctória verificação acerca dos procedimentos adotados, não atrairia, necessariamente, o predicado de inconstitucionalidade, proposto na obra de ROZNAI (ALBERT *et al*, 2022).

O critério temporal tampouco foi submetido a qualquer desvio, tendo em vista que o tempo de tramitação não comportou qualquer irregularidade formal, normativa ou regimental. A relatoria, inclusive, requereu uma sessão extra, pleito devidamente atendido. Assim, considerando não só a ausência de resistência dos Poderes republicanos, como também a constatação de acate à estrutura constitucionalmente reconhecida, não se parece estar diante de hipótese de inconstitucionalidade por violação procedimental de produção das emendas constitucionais no Brasil.

Como já se expôs, a Emenda Constitucional nº 96/2015 foi interpretada como emendamento constitucional inconstitucional pela violação a cláusulas pétreas e ao princípio constitucional do não retrocesso dos direitos sociais (ROZNAI; KREUZ, 2018), consubstanciados, explícita e implicitamente, no texto constitucional, para entender que se estaria diante de emendamento constitucional inconstitucional.

Para se realizar a leitura teórica adequada da Emenda Constitucional nº 95/2016, entendemos insuficiente a ferramenta metodológica do emendamento constitucional inconstitucional, pois

consideramos que a mudança constitucional ocorreu, a princípio, dentro dos pressupostos e limites formais possíveis, com legitimidade para sua aprovação e de acordo com a contingência política e econômica do contexto de crises já mencionado. Ainda assim, persiste, à evidência, o fato de que o Novo Regime Fiscal conduz à instalação normativa de uma verdadeira “exceção econômica”, na contramão do projeto constitucional de Estado de Bem-estar Social previsto na Carta Magna.

Portanto, a verificação intentada no presente artigo, consoante metodologia estruturante, para além dos limites formais e materiais da Carta Política, fornece balizas de entendimento acerca da alteração não apenas de *core values* amealhados no âmago da proteção constitucional, mas sim de sua própria essência. E tal decorre da variação, ainda que forçada, da Identidade constitucional, na qual o Estado brasileiro intenta se desprender do modelo de garantia de direitos sociais, passando à guinada neoliberal do congelamento dos gastos públicos pelo longo período de 20 anos, com consequências que se alastrarão pelas décadas seguintes, conquanto gastos públicos podem equivaler a investimentos ou demandas social e constitucionalmente codificadas.

Assim, considerada a mudança paradigmática não só da concepção de Estado, como também de suas atribuições principais – executadas por meio de leis orçamentárias previstas – o que se buscou com a Emenda Constitucional nº 95/2016, a bem da verdade, foi verdadeira transmigração da Identidade constitucional, considerando dito emendamento como espécie de desmembramento constitucional, nos estritos dizeres de Richard Albert<sup>13</sup>:

Um desmembramento constitucional é um esforço deliberado para dissociar uma ou mais partes da Constituição, quer

---

13 No original: “A constitutional dismemberment is a deliberate effort to disassemble one or more of the constitution’s constituent parts, whether codified or uncoded, without breaking the legal continuity that is necessary if not useful for maintaining a stable polity. Dismemberment seeks to transform the identity, the fundamental values or the architecture of the constitution”.

codificadas ou não, sem romper a continuidade legal que é necessária para a manutenção de uma estabilidade política. Desmembramento procura transformar a identidade, os valores fundamentais ou a própria arquitetura da Constituição. (ALBERT, 2018, p. 82)

A alteração na Identidade constitucional que se pretendeu obter é de tão severa magnitude – em suas dimensões normativa, social e econômica – que o desmembramento aqui verificado inovou até ao estabelecer vedação ao próprio poder de emendamento, em especial quando determina a impossibilidade de alteração do Novo Regime Fiscal durante o interregno temporal de uma década, conforme o art. 108 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e ainda limita a referida alteração exclusivamente ao índice utilizado no cálculo do teto de gastos.

Uma mudança deste jaez, por tão longo período temporal e com consequências ainda para as décadas e gerações seguintes, de fato, representa uma guinada nos pressupostos fundamentais da Constituição, típica do poder de revisão constitucional (ALBERT, 2019, p. 02), previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias, mas condicionado à limitação temporal de 05 anos após a promulgação da Carta Magna.

Passados quase 30 anos desde o exaurimento do poder de revisão, a orfandade de poder de agenda de certos grupos associados ao campo da direita e ao militarismo político, com a redemocratização marcada pela Constituição Federal de 1988, embora nunca alijados do processo democrático (para alguns, seria o caso de segmentos sociais sobreintegrados<sup>14</sup> à ordem constitucional), é fator igualmente considerável quando de qualquer análise, seja quantitativa ou qualitativa, acerca da teoria de emendamento constitucional no Brasil, pois, no contexto de crises políticas e democráticas, esses segmentos

<sup>14</sup> NEVES, 1994.

buscam meios de se impor sobre a ordem constitucional vigente, e o Novo Regime Fiscal parece ter sido um ponto de inflexão nesse sentido.

Sobre o horizonte recente e, em especial, analisando também a Emenda Constitucional nº 95/2016, enquanto forma de alteração da Identidade constitucional, Richard Albert antevê tais mudanças como tentativas de desmembramentos, no plural, atribuindo tal fenômeno a certos movimentos, que<sup>15</sup>

(...) nunca aceitaram alguns dos avanços democráticos estabelecidos na Constituição de 1988 e continuamente tentaram revertê-los, a maioria dos quais, porém, sem sucesso. A nova realidade é que tais propostas [de alterações constitucionais] ganharam maior alcance e encontraram um caminho mais fácil para aprovação, dada a crise política e econômica que o país atravessa pelo menos desde o segundo mandato e impeachment da presidente Dilma Rousseff em 2016. A maior parte dessas propostas de desmembramento constitucional não encontrou, porém, terreno fértil para a aprovação, muito pela própria descoordenação da base política de Bolsonaro no Congresso. Em vez disso, ele recorreu a decretos executivos, ainda que de efeitos muito mais restritos. Ainda é cedo para concluir se aquele projeto constitucional da Constituinte de 1987/1988 será forte o suficiente para se defender de novos ataques a seus princípios fundamentais, embora, mesmo sob Bolsonaro, esteja em sua maior parte preservado, pelo menos formalmente. Esse tem sido o dilema do constitucionalismo brasileiro, agora mais materializado do que nunca com tamanha onda de desmembramentos constitucionais reais e potenciais. (ALBERT *et al*, 2022, np.)

---

15 No original: *Those movements have never swallowed some of the democratic breakthroughs established in the 1988 Constitution and continuously attempted to roll them back, most of which, however, unsuccessfully. The new reality is that such proposals have become more far-reaching and found an easier track for approval given the political and economic crisis the country has been enduring at least since President Dilma Rousseff's second term and impeachment in 2016. Many such proposals for constitutional dismemberment did not find that breeding ground for approval, though, mostly due to the very discoordination of Bolsonaro's political base in Congress. He has resorted to executive decrees, instead, but whose scope is far more constrained. It is still early to conclude whether that constitutional project from the 1987/1988 Constituent Assembly will be strong enough to fend off further attacks on its core principles, though, even under Bolsonaro, it is mostly preserved, at least formally. This has been the dilemma of Brazilian constitutionalism, which is now more materialized than ever with such a surge of real and potential constitutional dismemberments.*

Tais desmembramentos afetam diretamente a Identidade constitucional brasileira e dificultam a concretização das políticas públicas voltadas ao exercício dos direitos sociais e individuais.

A violação, não só a matérias constitucionalmente protegidas, mas também através do modal pelo qual se organiza e se executa o Estado brasileiro, dá o tom profundo das alterações havidas no ideário imagético-constitucional, não somente pelos seus jurisdicionados, mas em termos geracionais, conquanto a geração futura encontrará um Estado diminuto, sem capacidade orçamentária para atuar e moldar o *locus* social conforme a Constituição de 1988 dispunha.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo contemporâneo demanda, cada vez mais, análises estruturantes, contextualizadas e localizadas. A crise de legitimidade pela qual passam as democracias e as investidas autoritárias contra as constituições têm demandado também uma atuação mais enfática do Poder Judiciário, por vezes baseada em normas e princípios constitucionais implícitos.

Esse contexto de crises das democracias, erodidas por métodos não tradicionais, demandou o desenvolvimento das teorias do emendamento constitucional inconstitucional, que oferecem ferramenta relevante à análise das emendas constitucionais e seus limites, bem como aos limites de atuação do próprio Poder Judiciário, notadamente a partir da tentativa teórico-metodológica de estabelecer as fronteiras entre o emendamento constitucional inconstitucional a revisão constitucional e, ainda, o desmembramento constitucional.

No presente caso, a Emenda Constitucional nº 95/2016 se destacou, dentre as emendas realizadas no período de vigência da Constituição Brasileira de 1988, por seus profundos impactos no

projeto inicial da Assembleia Constituinte, que, disputado por forças políticas heterogêneas, culminou num texto dirigido à implementação do Estado de Bem Estar Social no país, mas foi acachapado por uma política supostamente transitória, mas cuja prática revela uma permanência nas deletérias consequências de um projeto neoliberal dissociado das demandas sociais.

A análise estruturante proposta buscou aprofundar a análise até então realizada acerca da Emenda Constitucional nº 96/2016, avançando em alguns pontos, a nosso sentir, ainda não suficientemente analisados. Buscando situá-la no campo teórico disponível e, assim, compatibilizar os conceitos estudados com a realidade do emendamento constitucional no Brasil, propõe-se ampliar o debate e apontar para uma possível guinada no perfil das emendas até então realizadas, notadamente sobre matéria orçamentária e fiscal.

As ferramentas aqui invocadas podem servir como chave metodológica para outros trabalhos, sobretudo no caminho do desmembramento constitucional, não somente como parcela autônoma de emendamento, mas sim enquanto símbolo de decantação de alterações – cada vez mais sensíveis – da Identidade constitucional brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Richard. **Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions**. Em: *Comparative Constitution Making*. Edward Elgar Publishing, 2019.

ALBERT, Richard. **Constitutional Amendment and Dismemberment**. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. Disponível em: <https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/campuspress.yale.edu/dist/8/1581/fi->

les/2018/02/1\_Constitutional-Amendment-and-Dismemberment-20mkw92.pdf.

ALBERT, Richard et al, **Constitutional Dismemberment in Latin America** (May 4, 2022). Revista Derecho del Estado N° 52, Mayo - Agosto de 2022, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4100552>, acesso em 09 de dezembro de 2022.

BRAVER, Joshua. **Revolutionary Reform in Venezuela: Electoral Rules and Historical Narratives in the Creation of the 1999 Constitution**, in *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment* 137, Hart, 2017.

COLÓN-RIOS, Joel. **Deliberative Democracy and the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments**. Em *Populismo, Constitucionalismo Populista, Jurisdição Populista E Crise Da Democracia*. Editora Letramento: Belo Horizonte. 2021. P. 619/635.

COUTO, Cláudio Gonçalves. ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, Governo e Democracia no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 21, n. 61, jun/2006. P. 41/62.

COUTO, Eduardo Araújo. **De transitório a provisório: A perenidade estratégica do ato das disposições constitucionais transitórias**. Revista de Discentes de Ciência Política da UFSCAR, Vol.6 – n.2. 2018. P. 193/219.

DE OLIVEIRA, Fabiana Luci, ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo Tribunal Federal e a Mudança Constitucional**. Revista Brasileira De Ciências Sociais, 36(105), 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/3610506/2020>

JUNIOR, R. J. A. Vieira Junior. **As Inconstitucionalidades Do “Novo Regime Fiscal” Instituído pela PEC N. 55, De 2016** (PEC n. 241, de 2016, na Câmara Dos Deputados). Boletim Legislativo: Núcleo de Pesquisas da Consultoria Legislativa. N. 53. Nov/2016.

LEVINSON, Sanford. **Designing an Amendment Process**. Constitutional Culture and Democratic Rule, v. 271, p. 274, 2001.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gatos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

NEVES, Marcelo. **Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania inexistente**. In: DADOS – Revista de Ciências Sociais, vol. 37, n.º 2. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1994.

NORONHA, Lincoln Narcelio Thomaz. **Processo legislativo e emendamento constitucional no Brasil pós-1988**. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.8.2011.tde-13062012-125024.

ROZNAI, Yaniv. **Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures**. Em ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon e FOTIADO, Alkmene. Hart Publishing, 2017. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2960882>.

ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Letícia Regina Camargo. **Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 35-56, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.57577.

SANTOS, Fabiano. **Poder de agenda**. / Fabiano Santos e Mariana Borges. – Brasília: Enap, 2018. 94 p. : il. –. ISBN: 978-85-256-0087-5

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2007, p. 436-437.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade.** Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 227-258, jan./abr. 2017. DOI:10.5380/rinc.v4i1.50340.

VIEIRA, Oscar Vilhena. BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Do Compromisso Maximizador à Resiliência Constitucional.** Dossiê 30 Anos da Constituição Brasileira. Novos estud. Cebrap. São Paulo, v. 37, n. 03, p. 75-393, set.-dez. 2018

# **CAPÍTULO 3**

---

## **DIREITO DE PROPRIEDADE COLETIVA E A REMARCAÇÃO AMPLIATIVA DE TERRAS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO DO POVO INDÍGENA WASSU-COCAL**

Matheus Barbosa de Melo<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e membro do grupo de pesquisa Laboratório de Estudos Institucionais da Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE).

**R**esumo: O artigo tem como enfoque o debate em torno da possibilidade jurídica de ampliação das terras indígenas, analisando-o a partir da concepção de propriedade coletiva fornecida pela jurisprudência Corte Interamericana de Direitos Humanos. À luz dessa compreensão, será analisado o caso do Povo Indígena Wassu-Cocal, em Alagoas, que teve a remarcação ampliativa de suas terras obstada pelos tribunais. Partindo de uma análise normativa e jurisprudencial e do emprego do método dedutivo de pesquisa, verificar-se-á se a interpretação conferida no caso concreto implicou em uma violação aos direitos de propriedade coletiva assegurado pela jurisprudência do tribunal interamericano.

**Palavras-chave:** Direito de propriedade coletiva, Remarcação ampliativa de terras indígenas, Terra Indígena Wassu-Cocal.

**Abstract:** *The article focuses on the legal debate surrounding the possibility of expanding indigenous lands, analyzing it based on the concept of collective property provided by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Considering this understanding, the case of the Wassu-Cocal Indigenous People in Alagoas, Brazil, will be examined, where the expansive re-marking of their lands was hindered by the courts. Through a normative and jurisprudential analysis, and employing a deductive research method, it will be assessed whether the interpretation given in the specific case constituted a violation of the rights of collective property guaranteed by the jurisprudence of the Inter-American Court.*

**Keywords:** *Collective property rights, Expansionary remarcation of indigenous lands, Wassu-Cocal Indigenous Land.*

## INTRODUÇÃO

No Brasil, uma série de discussões têm sido pautadas a respeito da posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, sobretudo a respeito do chamado “marco temporal de ocupação”, em julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) através do Recurso Extraordinário (RE) com Repercussão Geral nº 1.017.365. Essa tese tem por escopo a fixação de uma data certa para a incidência do direito dos povos indígenas à reivindicação de suas terras, mais especificamente, a data da promulgação da Constituição Federal (CF/88) – 05 de outubro de 1988. Ou seja, se confirmada a tese, aqueles povos e comunidades indígenas que não estivessem ocupando o território tradicional na referida data, não teriam o direito de reivindicá-lo perante o Estado.

Esse entendimento foi aplicado pela primeira vez em 2009, no julgamento da Petição nº 3.388, quando o STF fixou, além dessa, outras dezoito salvaguardas institucionais (ou “condicionantes”) para a demarcação da Terra Indígena (TI) Raposa Serra do Sol, no estado de Roraima (RR). Dentre essas condicionantes, a de número XVII estabelece que “é vedada a ampliação de terra indígena já demarcada”, fixando-se, nessa ocasião, uma interpretação mais restritiva ao regime de demarcação de terras indígenas no Brasil.

Em sede de Embargos de Declaração, julgados em 2013, a Suprema Corte brasileira se posicionou quanto aos efeitos dessa decisão, deliberando que as condicionantes fixadas naquela ocasião não seriam vinculantes para juízes e tribunais noutros julgamentos que envolvessem a demarcação de terras indígenas. Apesar disso, as dezenove condicionantes têm norteado as ações do Estado brasileiro nas mais diversas ocasiões, levando a um agravamento da situação dos povos indígenas, sobretudo no que diz respeito à garantia de seu direito à “propriedade coletiva”. Na seara jurisdicional, as condicionantes

têm sido reiteradamente citadas como precedente judicial em decisões sobre temas correlacionados à demarcação de terras indígenas.

Foi o que ocorreu no caso da TI Wassu-Cocal, localizada no estado de Alagoas. Demarcada pela primeira vez em 1986, a “Área Indígena Wassu-Cocal” foi demarcada sob uma extensão territorial de 2.758 hectares (Decreto nº 93.331, de 02 de outubro de 1986). Em 2004, essa área foi reduzida pelo Presidente da República, passando a contemplar apenas 2.744 hectares de terra (Decreto s/n, D.O.U de 20/4/2007, Seção 1, p. 12). No entanto, uma série de fatores levou a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) a realizar novos estudos técnicos sobre a extensão do território indígena, que, ao fim, recomendaram a ampliação da área demarcada para o equivalente a 9.098 hectares, dando-se início ao procedimento administrativo, nos termos do Decreto n.º 1.775/96.

Fazendeiros da zona da mata alagoana, inconformados, judicializaram o procedimento administrativo conduzido pela FUNAI, o que culminou na decisão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no MS nº 21.572/AL, julgado em 18/06/2015. Na ocasião, o STJ entendeu que ao caso se aplicava a tese das salvaguardas institucionais, motivo pelo qual determinou a suspensão do processo de remarcação ampliativa da TI. Sob os mesmos fundamentos, foi negado seguimento ao Recurso Extraordinário (RE) interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) (RE no MS nº 21.572/AL 2015/0019209-8, publicado no DJ de 30/05/2016), que sustentava que a decisão proferida pelo STJ violava expressamente a imprescritibilidade assegurada pelo § 4º do art. 231 da Constituição Federal.

As alternativas judiciais à reivindicação do território tradicional se esgotaram em 2019, quando foi julgado o Agravo Regimental interposto contra o Agravo no RE nº 0019209-73.2015.3.00.0000 - AL (julgado em 14/03/2017 e publicado no DJe-055 de 22/03/2017),

também denegado. Na ocasião, a Relatora considerou que não havia elementos suficientes aptos a demonstrar a repercussão geral da matéria, entendimento que foi seguido pelos demais Ministros da Primeira Turma do STF (STF - AgR RE: 1170687 AL, 0005722-75.2012.4.05.8000, Relator: Min. Rosa Weber, julgado em 01/03/2019, e publicado no DJe-049 de 13/03/2019).

A decisão, contudo, não está imune a críticas, que se sobrepõem diante da expressa disposição do art. 231 da Constituição Federal, que assegura aos povos indígenas os “direitos originários” sobre as “terras que tradicionalmente ocupam”. Nessa perspectiva, estudiosos apontam que a vedação à remarcação ampliativa de terras indígenas contraria a vontade do constituinte originário, como defendido por José Afonso da Silva no célebre parecer jurídico apresentado sobre o julgamento da Petição nº 3.388-RR no STF. Apesar disso, medidas legislativas recentes têm buscado proibir a ampliação de terra indígena já demarcada, como observado no substitutivo aprovado no Projeto de Lei nº 490/07 da Câmara dos Deputados. Além disso, legitimam esse entendimento as controversas decisões dos tribunais nacionais, que ora reconhecem, ora denegam o direito.

No entanto, a discussão ganha novos contornos ao se considerar, para além do direito interno, as normativas internacionais de proteção aos direitos humanos e a jurisprudência dos tribunais internacionais sobre o tema, notadamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Isso porque, desde o julgamento do caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni. vs. Nicarágua, em 2001, a Corte IDH tem consolidado o entendimento de que o direito de propriedade coletiva encontra resguardo no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), fornecendo uma jurisprudência inovadora sobre o locus de proteção às terras e territórios dos povos indígenas.

Tendo isso em vista, o presente artigo se propõe a analisar se a interpretação havida no caso da TI Wassu-Cocal dialoga e se harmoniza com a jurisprudência da Corte IDH, ou se, por outro lado, apresenta os contornos de uma violação aos direitos humanos do povo indígena. Assim, motivada pela relevância e atualidade do tema, a pesquisa busca contribuir com o avanço de medidas destinadas a assegurar os direitos dos povos indígenas do Brasil. Para a condução do estudo foi utilizado o método dedutivo, partindo-se de uma ideia geral, para, em seguida, analisá-la no caso concreto. Para tanto, adotou-se como metodologia a análise bibliográfica-documental, mediante a utilização dos seguintes meios de pesquisa: análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

## **A ampliação de terras indígenas no Brasil: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**

A remarcação ampliativa de terras indígenas pode ser entendida como sendo o procedimento administrativo através do qual o Estado brasileiro revê os limites de terras indígenas demarcadas anteriormente. É realizada, primordialmente, com a finalidade de adequar a área demarcada àquela efetivamente necessária para a reprodução física e cultural do grupo indígena, assim como determina a Constituição Federal em seu capítulo VIII, intitulado “Dos índios”. Nesse contexto, Silva (2016, p. 5) destaca que os direitos de propriedade e os direitos originários, reconhecidos pelo texto constitucional, constituem verdadeiros “direitos fundamentais dos índios”.

Inobstante isso, cumpre observar que “território” e “terra indígena” são conceitos distintos. A esse respeito, Gallois (2004, p. 39) explica que, enquanto o primeiro faz referência à “construção e à vivência, culturalmente variável, da relação de uma sociedade específica e sua base territorial”, o segundo consiste no “processo

político-jurídico conduzido sob a égide do Estado”. Porém, ao adotar a “tradicionalidade” como aspecto central do regime jurídico de demarcação de terras indígenas a Constituição aproximou ambos os institutos, assegurando aos povos indígenas a “posse permanente” e a “riqueza das terras” que lhes são necessárias para a sua reprodução física e cultural (MARCHIONI, 2014, p. 14).

Assim, a partir da promulgação da Carta Política de 1988, as terras indígenas passaram a ser demarcadas seguindo estudos técnicos específicos, atentos aos critérios antropológicos de reconhecimento estabelecidos pelo texto constitucional (MARÉS, 2013, p. 24). Desde então, a perícia antropológica tem desempenhado um importante papel na afirmação dos direitos dos indígenas, sendo o principal elemento responsável pela identificação e delimitação da TI (MAIA, 2015, p. 61). No entanto, como bem ressalta o antropólogo João Pacheco de Olivera (2002, p. 266), “não faz sentido julgar que um laudo pericial possa estabelecer com exatidão, e de uma vez por todas, o território de um povo indígena”.

É de se considerar que, assim como ocorre em qualquer sociedade, novas necessidades, interesses e ideologias vão surgindo com o passar do tempo, dando ensejo a “novas formas de existência coletiva” (ALMEIDA, 2004, p. 9), que redefinem os termos da ocupação tradicional. Nessa perspectiva, a ocorrência de mudanças na dinâmica social das comunidades se apresenta como um fator legítimo de reivindicação pela ampliação da TI, assim como a existência de eventuais vícios no processo de demarcação, dado a vinculação do Poder Público à juridicidade de seus atos (LAGES, 2016, p. 246).

Nesse contexto insere-se o caso da TI Wassu-Cocal, delimitada em período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, segundo critérios que, a princípio, mostravam-se indiferentes à organização social e aos usos, costumes e tradições dos povos

indígenas. Naquela época, vigorava uma política integracionista de assimilação dos índios, que propunha a “privatização de terras e a destruição das comunidades” (CLAVERO, 2007, p. 446, tradução nossa). Sob esse viés conduzia-se o procedimento demarcatório instituído pela Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), regulado pelo Decreto nº 76.999/1972, e assegurado pela Constituição Federal de 1967, que visava a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (art. 8º, XVII, “o”).

Ocorre que, no entender da melhor doutrina, a adequação da demarcação pretérita ao novo marco constitucional é imperativa. Nesse sentido, Maia *et al.* (2018, p. 54) assevera que “a noção de decadência e, conseqüentemente, de vedação de ampliação, não faz sentido quando se trate de demarcação que não tenha transcorrido em conformidade com o marco legal da Constituição de 1988 e com o Decreto n. 1.775/1996”. No mesmo sentido, Silva (2016, p. 20) aduz que a legitimação para a ampliação da área demarcada decorre do próprio conjunto de direitos assegurados pelo texto constitucional, que asseguram aos indígenas a posse sobre toda a extensão territorial tradicionalmente ocupada e efetivamente necessária à reprodução física e cultural.

Adotando esse pressuposto, Villares e Yamada (2010, p. 152) apontam que o procedimento administrativo que visa regularizar a demarcação com base na reivindicação das comunidades, na verdade, não consiste em uma mera ampliação da área demarcada, mas, antes, na efetiva adequação da terra indígena aos parâmetros definidos pelo espírito constitucional. Isso porque, a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 impôs um novo paradigma para o reconhecimento das terras indígenas, restou obrigatória a revisão e readequação de todas aquelas terras cuja demarcação destoava dos

termos propostos pelo constituinte originário (VILLARES, 2009, p. 126).

A questão, no entanto, não é pacífica na jurisprudência nacional. Ao investigá-la, tanto é possível encontrar casos em que é concedido o direito à ampliação, como outros em que esse direito é denegado. No primeiro caso, pode ser citada a remarcação ampliativa da TI Menkü, no estado do Mato Grosso (MT). Nessa ocasião, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) foi unânime em declarar a validade do procedimento demarcatório em razão da presença de vícios insanáveis na condução do processo demarcatório original. De acordo com o tribunal, “a viabilidade da revisão da terra demarcada tem respaldo no próprio texto da Constituição, que confere ao direito sobre as terras indígenas a natureza de imprescritível” (Relatora: Daniele Costa, julgado em 25/04/2018 e publicado em 08/05/2018).

Por outro lado, no caso da TI Serra da Moça, em Roraima (RR), a mais alta Corte do país reafirmou a vedação à ampliação de terras indígenas. Embora demarcada no ano de 1982, sob um contexto normativo diferente, o STF entendeu que os vícios e irregularidades no processo demarcatório da terra indígena não eram suficientes para justificar a superação dos marcos jurídicos delimitados no julgamento da Pet. 3.388/RR, relativo ao caso Raposa Serra do Sol. Por essa razão, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, afirmou a impossibilidade de alargamento de áreas anteriormente demarcadas (STF - ACO: 1522 RR, 0001274-61.2010.1.00.0000, julgado em: 12/11/2019).

O entendimento segue precedentes da própria Corte Suprema, como o afirmado no Recurso Ordinário em MS nº 29.542/DF, relatado pela Ministra Cármen Lúcia. Nesse caso, a FUNAI constatou a presença de vícios insanáveis no procedimento administrativo de demarcação da TI Porquinhos dos Canelas (Apãnjekra), iniciado na década de

1970 e homologada pelo Decreto nº 88.599, de 9 de agosto de 1983 – portanto, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Por essa razão, o órgão indigenista recomendou a ampliação da TI, que passaria de 79.520 hectares para 301.000 hectares. Apesar dos fatos relevantes que justificaram a medida, a Relatora do Recurso Ordinário concedeu a segurança aos impetrantes, alegando que:

A autotutela da Administração Pública, seu dever-poder de, em estrita obediência ao princípio da legalidade, anular atos ilegais e contrários aos interesses públicos e revogar aqueles tidos como inconvenientes ou inoportunos, há de ser exercida no prazo de cinco anos conferido pelo art. 54 da Lei n. 9.754/1999. Não se há de admitir a ampliação administrativa dos limites de reserva indígena demarcada e homologada há mais de 30 anos. Essa pretensão, se consentida, debilitaria o princípio da segurança jurídica, mitigando a confiança nos atos praticados pela Administração. [...] Como asseverado ao longo desse voto, o julgamento da Petição n. 3.388/RR representou marco no exame judicial da questão indígena no Brasil. As matérias nela debatidas, as conclusões alcançadas e, sobretudo, as diretrizes nela traçadas devem servir de norte para todos os processos demarcatórios de terras indígenas e devem orientar a aplicação do direito pelos magistrados que julguem a mesma questão jurídica. (BRASIL, 2014, p. 19-20).

Por meio dessa decisão a Ministra Cármen Lúcia afirmou a imperatividade dos condicionantes fixados no julgamento da Pet. 3.388/RR – dentre eles, a condicionante nº XVII, que veda a ampliação de terras indígenas já demarcadas –, destacando que o entendimento merece ser observado em todos os processos demarcatórios de terras indígenas, seja no âmbito administrativo ou judicial. Além disso, estabeleceu uma nova orientação à remarcação ampliativa de terras indígenas, aplicando o prazo de cinco anos previsto no art. 54 da Lei nº 9.754/1999 (Lei de Processos Administrativos) para revisão do ato administrativo declaratório.

Desta feita, percebe-se que a remarcação ampliativa de terras indígenas é uma questão que suscita largas discussões. De um

lado, parte da doutrina e da jurisprudência defende sua legalidade, destacando a importância da medida para a efetiva adequação da terra indígena aos parâmetros definidos pelo constituinte originário. No entanto, outra parte da jurisprudência acusa a ofensa ao princípio da segurança jurídica como um obstáculo intransponível, que proíbe a ampliação da TI demarcada antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Neste dilema situa-se o caso da TI Wassu-Cocal, em Alagoas, ao qual nos deteremos mais especificadamente a seguir.

### **Terra Indígena Wassu-Cocal: uma história de luta e denegação de direitos**

A TI Wassu-Cocal está localizada entre os municípios de Joaquim Gomes e Novo Lino, na zona da mata do estado de Alagoas, e compreende uma extensão territorial de 2.744 hectares. É habitada por cerca de dois mil indígenas do grupo Wassu, pertencentes à etnia Kariri (SESAI, 2014), os quais estão distribuídos em quatro núcleos: Cocal, Pedrinhas, Fazenda Freitas e Serrinhas. Tendo por atividade econômica predominante o autoconsumo, vivem da cultura de milho, feijão e batata-doce, produzindo também outros alimentos para a geração de renda, como mel, frutas e mandioca (FUNAI, 2019).

Relatos apontam que a origem do grupo indígena está relacionada ao período final dos combates aos quilombos de Palmares, sendo as terras doadas pela Coroa portuguesa em recompensa pela participação dos índios nas forças coloniais que atuaram contra o reduto palmarino (SILVA, 2006, p. 94). Contudo, em se tratando de largas extensões de terras agricultáveis, ideais para o cultivo da cana-de-açúcar, sempre foram cobiçadas por fazendeiros e empresários produtores de açúcar, essa que por muitos anos foi a principal atividade econômica exercida na microrregião de Joaquim Gomes.

Os primeiros conflitos envolvendo a área indígena datam do século XIX. Em 1872, diversos aldeamentos foram extintos pelo governo da Província de Alagoas, dentre eles, a “Adêa do Urucu” – como era chamada naquela época –, relegando-se aos indígenas a condição de “desaldeados”<sup>1</sup> (SILVA, 2006, p. 95). Essa situação implicava na denegação de atenção, serviços e até da identidade indígena aos povos da região, legitimando, por consequência, a invasão de seus territórios. De acordo com Almeida (2013, p. 212, apud SILVA JR., 2015, p. 39), “a ‘propriedade’ indígena, ou seja, as terras dos aldeamentos seriam mais uma questão política do que jurídica, pois quando a sociedade senhorial entendeu que não deveria existir reserva de terras para os indígenas, os aldeamentos foram extintos por um aviso ministerial”.

A partir de então, sucessivos conflitos de terra se instauraram na região, marcados por “expulsões violentas”, “que resultaram na morte de muitos Wassu e na dispersão geográfica de muitas famílias” (BRASIL, 2012, p. 88). Como bem sintetiza Bodart *et al.* (2019, p. 131), “a atual permanência dos índios Wassu na região é fruto de históricas resistências e desistências”, nelas incluídas a escravização de indígenas, a demarcação de terras em favor de fazendeiros e o alistamento forçado de indígenas para a Guerra do Paraguai (1864 – 1870).

Diante das perseguições e tomadas de terras, muitos indígenas emigraram, temendo por suas vidas; alguns se tornaram empregados em fazendas e usinas de açúcar da região, enquanto aqueles que resistiram, mantendo seus ritos e vínculos familiares, restaram confinados numa pequena parcela de seu território (BODART *et al.*, 2019, p. 131). Aos que permaneceram, restaram os conflitos, os quais

1 De acordo com Schettino (2021, p. 135), “os aldeamentos [...] eram locais em que os colonizadores reduziam as populações indígenas em partes diminutas de seus territórios para lhes impor algum tipo de controle. [...] Os índios aldeados eram aqueles que estavam reunidos em comunidades artificialmente construídas pelos colonizadores, conforme seus interesses geopolíticos e econômicos. Aldeamentos muitas vezes compostos por diferentes povos indígenas, inclusive povos historicamente inimigos entre si. Os índios desaldeados eram aqueles considerados “desgarrados”, “arredios”, “destribilizados”, fora do controle estatal, objeto de medo e alvo dos esforços militares de conquista territorial e de corpos para o trabalho escravo”.

apenas se intensificaram com o passar dos anos. No entanto, foi com o início dos estudos antropológicos de identificação e delimitação da terra indígena, no final da década de 1970, que o quadro conflituoso se agravou. Fazendeiros da região se valiam da violência e da influência política para obstar a garantia do direito à terra aos indígenas.

Por outro lado, os trabalhos ampliaram a reivindicação dos indígenas pelo reestabelecimento territorial e o reconhecimento oficial, culminando, por fim, na publicação do Decreto nº 93.331, de 02 de outubro de 1986, assinado pelo então Presidente da República, José Sarney. A normativa, que fixava a “Área Indígena Wassu-Cocal” (termo consignado no texto original) sobre uma extensão territorial de 2.758 hectares, adequava-se aos parâmetros instituídos pelo regime normativo de demarcação de terras indígenas vigente à época, considerando as disposições da Constituição Federal de 1967<sup>2</sup>, da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio) e do Decreto nº 76.999/1976<sup>3</sup>.

A homologação do território, todavia, somente veio a ocorrer cerca de cinco anos depois, em 24 de dezembro de 1991 (Decreto nº 392/1991), isto é, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seu texto consignou: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (art. 231, caput). Além disso, a Carta Magna reconheceu a igual

2 Na esteira das Constituições anteriores (art. 5º, XIX, “m”, da CF/34; art. 5º, XV, “r”, da CF/46), a Constituição Federal de 1967 propunha, em seu texto, a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (art. 8º, XVII, “o”), revelando seu viés integracionista, que influenciava diretamente o regime de demarcação de terras indígenas vigente. Essa política, que propunha a assimilação sociocultural dos índios em detrimento de seus usos, costumes e tradições, partia do pressuposto de que as populações originárias eram “povos atrasados”, cabendo aos governos “criar possibilidades de integração nacional” (art. 2º, 2.º da Convenção 107 da OIT).

3 De acordo com as disposições do Decreto nº 76.999/76, o procedimento demarcatório deveria ocorrer sob a condução do órgão federal de assistência ao índio (art. 1º), iniciando-se com a nomeação de um antropólogo ou engenheiro agrimensor pelo presidente da FUNAI. Após o reconhecimento prévio da área, o profissional apresentaria o relatório contendo a descrição dos limites, “atendidos a situação atual e o consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação dos índios” (art. 2º §1º). A partir desse estudo, seria realizada a demarcação da terra indígena, desde que aprovada pelo presidente do órgão indigenista (art. 2º §2º). Posteriormente, a demarcação seria submetida à homologação do Presidente da República (art. 7º).

importância do usufruto exclusivo da população indígena sobre as riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em seu território (art. 231, § 2º, da CF/88), sendo “as terras (...) inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”, conforme expressa disposição do art. 231, §4º, da CF/88.

Contudo, a entrada em vigor da Constituição Cidadã não conduziu à necessária modificação no projeto original de demarcação da TI Wassu-Cocal. Em que pese a entrada em vigor de um novo regime de demarcação de terras indígenas, assegurando aos povos originárias uma série de direitos – antes não previstos, quando da elaboração dos estudos técnicos que levaram à delimitação da TI Wassu-Cocal –, a homologação da TI manteve os limites delineados no Decreto declaratório, apenas ratificando suas disposições. Com isso, foi ignorada a indispensável adequação da terra delimitada aos ditames do art. 231 do novo texto constitucional, sobretudo, à tradicionalidade como elemento estruturante do dimensionamento da terra indígena. Além disso, em 2007 a área ainda foi reduzida para 2.744 hectares, conforme Decreto s/n, publicado no D.O.U de 20/4/2007.

Não obstante, estudos técnicos realizados pela FUNAI e publicados no novo “Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação” (RCID), em 13 de julho de 2012, reconheceram que a área demarcada é insuficiente para assegurar a reprodução física e cultural do grupo indígena. Considerando os dados obtidos em campo e a necessidade de adequação da demarcação pretérita aos termos do Decreto nº 1.775/1996<sup>4</sup>, recomendaram a ampliação da terra indígena para o equivalente a 9.098 hectares, área pelo menos três vezes maior que aquela originalmente demarcada.

4 O Decreto nº 1.775/1996, que substituiu o Decreto nº 76.999/76, regulamentou o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas à luz da CF/88. De acordo com seus dispositivos, sete etapas compõem o procedimento demarcatório, sendo elas: 1) os estudos de identificação, coordenado por um antropólogo; 2) a aprovação pelo Presidente da FUNAI; 3) abertura de prazo para contestações, de 90 dias; 4) declaração dos limites, a cargo do Ministro da Justiça; 5) a demarcação física, pela FUNAI; 6) a homologação pelo Presidente da República, e 7) o registro na Secretaria de Patrimônio da União (SPU).

Assim que iniciado o procedimento administrativo, o processo de remarcação ampliativa foi questionado em juízo. Proprietários da Fazenda Padre Cícero e Anexos, interpuuseram o Mandado de Segurança Preventivo nº 21.572/AL, julgado em 10 de junho de 2015. No voto vencedor, o Ministro Sérgio Kukina consignou o entendimento de que “as terras indígenas já demarcadas [...] não podem ser objeto de ampliação decorrente de revisão do procedimento administrativo demarcatório, tendo em vista o risco que isso acarretaria à segurança jurídica”. Para tanto, recorreu às salvaguardas institucionais fixadas no julgamento da Petição nº 3.388/RR (Raposa Serra do Sol), quando o Ministro Menezes Direito, sugeriu que “uma vez feita a demarcação, considerando o padrão da Constituição de 88”, fosse aplicada a seguinte condicionante: “é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada” (fls. 851/852 do Acórdão).

Nessa linha, o Relator do caso observou que “a Corte Suprema tem reiteradamente decidido que [...] as condicionantes ou diretrizes delineadas naquela oportunidade devem ser consideradas em casos futuros”. O entendimento foi seguido pelos demais membros da Primeira Seção do STJ, sendo o Acórdão publicado em 19 de junho de 2015. Sob os mesmos fundamentos, a Ministra Laurita Vaz negou seguimento ao RE interposto pelo MPF (RE no MS nº 21.572/AL 2015/0019209-8, publicado no DJ de 30/05/2016), bem como o Ministro Marco Aurélio Mello, Relator do Agravo no RE nº 0019209-73.2015.3.00.0000-AL no STF (julgado em 14/03/2017 e publicado no DJe-055 de 22/03/2017).

De outro lado, o Ministério Público Federal (MPF) sustenta que o procedimento empregado ao tempo da demarcação original da TI Wassu-Cocal obedecia à lógica da “transitoriedade das terras indígenas”, não observando as necessidades presentes e futuras do povo indígena. Segundo o órgão ministerial, inexistente qualquer relação

entre o caso dos indígenas Wassu-Cocal e a TI objeto da Petição nº 3.388/RR (Raposa Serra do Sol), uma vez que a TI Wassu-Cocal foi demarcada em momento anterior à promulgação da CF/88 – em 02 de outubro de 1986 (Decreto nº 93.331/1986).

Nesse sentido converge a jurisprudência do STJ em caso análogo, no qual a Relatora, Ministra Eliana Calmon, consignou o seguinte entendimento: “a interpretação sistemática e teleológica (...) [da] Carta de 1988 permite concluir que o processo administrativo de demarcação de terra indígena que tenha sido levado a termo em data anterior à promulgação da Constituição vigente pode ser revisto” (MS nº 14987 – DF, Relatora: Ministra Eliana Calmon, disponível no DJe de 10/05/2010). Da mesma forma, no caso da TI Barra Velha, no estado da Bahia (BA), cuja demarcação ocorrida na década de 1980 não considerou grande parte do território de ocupação tradicional Pataxó, a Primeira Seção do STJ reconheceu a legitimidade e a validade da revisão do procedimento demarcatório originário (STJ – MS: 20033 DF 2013/0098844-8, Relator: Ministro Gurgel de Faria, julgado em: 27/03/2019, S1 – Primeira Seção, publicado em: DJe 01/04/2019).

Nessa perspectiva, de grande relevo é o caso da ampliação da TI Taunay-Ipegue, no estado de Mato Grosso do Sul (MS). Num primeiro momento, o Ministro Relator determinou a suspensão do processo demarcatório da terra indígena (STF – MC MS: 34201 DF, 4000772-44.2016.1.00.0000, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em: 13/09/2016, publicado no DJe-198 em: 16/09/2016). Contudo, em decisão posterior, o novo Relator determinou o cancelamento da suspensão, afirmando que o mandado de segurança não é o instrumento jurídico adequado para questionar a demarcação de terras indígenas. Embora o mérito do decisum estivesse fundamentado em aspectos processuais, o Relator enfatizou que a vedação à ampliação de terra já demarcada, assentada na Pet. 3388/RR, não cabe nas hipóteses de

vícios ou erros na demarcação originária (STF - MS: 34201 MS 4000772-44.2016.1.00.0000, Relator: Dias Toffoli, julgado em: 12/11/2020, publicado em: 18/11/2020).

Ademais, em decisão proferida nos autos da Reclamação (RCL) 52436, o Ministro Edson Fachin, do STF, denegou o pedido de liminar do Município de Brasnorte (MT), que requeria a suspensão de decisão da Justiça Federal que havia determinado o prosseguimento do processo de ampliação dos limites da TI Menkü. Embora na ocasião o Ministro tenha se atido às controvérsias suscitadas na ação, não deliberando acerca da legalidade da remarcação ampliativa de terra indígena já demarcada, a decisão foi de grande importância para o Povo Myky, que vinha sofrendo com as ameaças de deslocamento compulsório (STF - Rcl: 52436 MT 0116292-13.2022.1.00.0000, Relator: Edson Fachin, Data de Julgamento: 05/05/2022, Data de Publicação: 09/05/2022).

Contudo, é sabido que a jurisprudência doméstica sobre o tema não é pacífica, como revela o próprio caso dos indígenas Wassu-Cocal. Tendo isso em vista, faz-se de fundamental relevância apresentar expor a percepção da Corte IDH sobre o tema, haja vista o caráter vinculante de suas decisões (PIOVESAN, 2009, p. 263) e os inegáveis efeitos jurídicos que elas acarretam a aplicação do direito no contexto regional (HITTERS, 2008, p. 150). Trata-se da mais alta corte em direitos humanos da América Latina, a qual possui uma ampla jurisprudência acerca do direito de propriedade dos povos indígenas e tribais na América Latina, sendo sua jurisprudência um norte interpretativo fundamental para a análise de casos como o em destaque, conforme orientado na Recomendação N° 123, de 07 de janeiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

## **Direito de propriedade coletiva: as Terras Indígenas na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

No âmbito internacional, diversas são as normativas que ecoam o direito dos indígenas à integralidade da extensão territorial tradicional ocupada. Destaca-se a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 27 de junho de 1989, ratificada pelo Brasil em 25/07/2002 e promulgada pela Presidência da República através do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004<sup>5</sup>. Em seu texto, a normativa estabelece que “dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 14.1), assim como que “os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse” (art. 14.2).

Da mesma forma ocorre com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2006), segundo a qual “os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido” (art. 26.1). E, logo em seguida, aduz: “os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram” (art. 26.3). No entender de Anaya (2011, p. 8), o compromisso dos Estados com os direitos consagrados na referida Declaração constitui uma forma importante de promoção das boas práticas entre entidades nacionais e internacionais acerca de questões relacionadas aos povos indígenas.

<sup>5</sup> O Decreto nº 5.051/2004 foi revogado e republicado por meio do Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019, que consolida os atos normativos editados pelo Poder Executivo que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da OIT ratificadas pelo Brasil. No entanto, seu texto foi reproduzido integralmente.

Nesse contexto, destaca-se também a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada na 3ª Sessão Plenária da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizada em 15 de junho de 2016, que, logo em seu preâmbulo, afirma a urgente necessidade de “respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas e que decorrem de suas estruturas políticas, econômicas e sociais, e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua filosofia, especialmente os direitos a suas terras, territórios e recursos”. Nesse contexto, insta ressaltar que, apesar das Declarações constituírem instrumentos de soft law – portanto, não vinculante ou obrigatório –, elas refletem o entendimento consolidado da comunidade internacional sobre o tema, espelhando o desenvolvimento das normas internacionais e o comprometimento dos Estados a adotarem as diretrizes e princípios nelas consolidados (BIJOS; MELO, 2016, p. 25).

Nesse contexto, ganha destaque a evolução jurisprudencial da Corte IDH a respeito dos direitos territoriais dos povos indígenas, que adquire fundamental importância no âmbito interno. Como destacado por Navarro (2019, p. 205-206), a jurisprudência do tribunal interamericano há muito tempo representa um modelo inovador para a proteção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, sobretudo porque concedeu voz a esses grupos antes invisibilizados na esfera internacional, permitindo que suas exigências fossem ouvidas. Por essa razão, é considerada como uma instituição que avança em relação às demais, servindo de inspiração para outros sistemas regionais de direitos humanos. Sua jurisprudência, por sua vez, é tida como a mais consolidada entre os órgãos de direitos humanos acerca da proteção dos direitos territoriais indígenas, influenciando na elaboração de tratados sobre o tema em todo o mundo.

Tendo isso em vista, o CNJ, através da Recomendação N° 123 de 07 de janeiro de 2022, recomendou aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro não apenas a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, mas o uso da jurisprudência da Corte IDH na fundamentação de suas decisões. A normativa destaca que é dever dos juízes aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente. Além disso, ressalta a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes, os quais têm a responsabilidade de prezar pelo controle de convencionalidade das leis. Assim sendo, notória é a relevância da jurisprudência da Corte IDH para a análise do caso, a qual constitui parâmetro de análise sobre a correta interpretação da legislação.

O caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001) foi o primeiro em que a Corte IDH, de forma inovadora, reconheceu o direito de propriedade coletiva dentre os direitos assegurados pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, ou simplesmente “Convenção Americana”). Através de uma interpretação evolutiva do artigo 21 da CADH (direito de propriedade), afirmou que o tratado “protege o direito de propriedade num sentido que inclui (...) o direito dos membros das comunidades indígenas dentro da estrutura da propriedade comunal” (BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011, p. 510, tradução nossa). Assim, asseverou que a ausência de escritura ou título das terras que comprovasse a posse imemorial pela comunidade indígena constituía uma violação ao seu direito de propriedade coletiva.

A partir desse reconhecimento, a posse sobre o território tradicional passou a ser a principal referência para o reconhecimento formal do direito de propriedade dos povos indígenas. Em 2005, no julgamento do caso Yakye Axa vs. Paraguai, a Corte IDH acentuou que

os territórios tradicionais, além de constituírem o principal meio de subsistência desses povos, compõem “um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural” (CORTE IDH, 2005, p. 75). Em seguida, no caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, sentenciado de 29 de março de 2006, o tribunal afirmou que enquanto houver uma relação de base espiritual e material dos povos indígenas com a terra, subsistirá o direito à reivindicação do território, nos termos do que admite a interpretação do art. 21 da Convenção Americana.

No entender da Corte (2018, p. 115, tradução nossa):

Deve considerar-se, ademais, que a relação com a terra deve ser possível. Por exemplo, em casos como o presente, que a relação com a terra se manifesta *inter alia* nas atividades tradicionais de caça, pesca e recoleção, se os indígenas realizam pouca ou nenhuma dessas atividades tradicionais dentro das terras que tenham perdido, porque se vêm impedidos de fazê-lo por causas alheias à sua vontade que impliquem um obstáculo real de manter a dita relação, como violências ou ameaças contra seus membros, entender-se-á que o direito à recuperação persiste até que tais impedimentos desapareçam<sup>6</sup>.

Com base em sua jurisprudência, o tribunal consolidou o entendimento de que o mero reconhecimento dos direitos territoriais indígenas, na prática, é insuficiente, se não for acompanhado da titulação formal dos territórios. No caso Xákmok Kasék vs. Paraguai (2010), por exemplo, fixou algumas condições que devem necessariamente ser observadas pelos Estados, tais como: a equiparação da posse tradicional indígena ao título de pleno domínio; o direito dos indígenas de exigirem o reconhecimento oficial da propriedade e o seu respectivo registro; o dever do Estado de delimitar, demarcar e conceder o título coletivo das terras aos povos indígenas; a manutenção da propriedade dos indígenas sobre as terras que tenham perdido;

6 CORTE IDH. Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai. Sentença de 29 de março de 2006. par. 132.

e, por fim, o direito de retomada das terras esbulhadas por terceiros (CORTE IDH, 2010, p. 27).

Em 2015, no julgamento do caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras, a Corte ressaltou que a estreita relação dos povos indígenas com sua terra compõe “a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e seu sistema econômico”, e que “para as comunidades indígenas a relação com a terra não é uma mera questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações”<sup>7</sup>. Assim, reiterando a jurisprudência fixada no caso *Xákmok Kasék vs. Paraguai* (2010), o tribunal vinculou explicitamente a identidade cultural ao artigo 21 da Convenção Americana (ANTKOWIAK, 2014, p. 150).

Nessa perspectiva, tem-se uma jurisprudência que anuncia o direito das comunidades indígenas de recuperar a posse da terra reclamada. Isso porque, “ao se desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, se poderia estar afetando outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e a sobrevivência mesma das comunidades indígenas e de seus membros”<sup>8</sup>. Sob esse ponto de vista, Anaya (2004, p. 105) ressalta a importância das terras e recursos naturais para a sobrevivência da cultura indígena e, por consequência, para a autodeterminação daqueles povos. O mesmo destaca Ulrike (2015, p. 9), para quem a conexão com o território constitui um fator relevante da própria definição de “povos indígenas”.

Desse modo, a ampliação das terras, no contexto de sua jurisprudência, não consiste em mera expansão da área demarcada,

<sup>7</sup> CORTE IDH. Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras. Sentença de 8 de outubro de 2015. par. 101.

<sup>8</sup> CORTE IDH. Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador. Sentença de 27 de junho de 2012. par. 212.

mas em efetivo reestabelecimento do território tradicionalmente ocupado secularmente pelo grupo indígena. Em diversos casos, inclusive, considerou que as violências e ameaças históricas sofridas pelos membros do grupo indígena lhes assegura o direito de recuperar as terras de que foram expulsos, direta ou indiretamente. Foi o que aconteceu nos casos das comunidades indígenas Sawhoyamaxa (2006) e Xákmok Kásek (2010) contra o Estado do Paraguai, e Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras (2015), já citados. Neste último, o tribunal afirmou que “os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros inocentes, têm o direito de recuperá-las ou de obter outras terras de igual extensão e qualidade”<sup>9</sup>.

Não se trata de um privilégio, mas do efetivo direito dos povos indígenas de garantir o uso e gozo de suas terras. Isso porque a Corte IDH reconhece a estreita vinculação que os povos indígenas possuem com suas terras, com os recursos naturais e com os elementos incorpóreos a ela pertencentes, assim como a tradição comunitária sobre a forma comunal de propriedade coletiva que justifica a proteção que emana do art. 21 da CADH. Dessa forma, o direito de propriedade pode ser entendido como a base estrutural dos direitos indígenas (ANTKOWIAK, 2014, p. 113), garantidor dos demais direitos (cultura, igualdade, não-discriminação, etc.) Por tais razões, negar o direito à ampliação da terra indígena consistiria em um desrespeito ao dever do Estado de delimitar, demarcar e titular os territórios das comunidades tradicionais, isto é, em uma violação ao direito de propriedade coletiva, e, portanto, aos direitos humanos dos povos indígenas.

9 CORTE IDH. Comunidade Indígena Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras. Sentença de 08 de outubro de 2012, par. 105.

Com base no exposto, retomaremos o caso do Povo Wassu-Cocal no tópico seguinte, analisando-o à luz do que estabelece a normativa e jurisprudência, nacional e internacional, sobre o tema.

## **Da Constituição aos Tribunais: a remarcação ampliativa da Terra Indígena Wassu-Cocal**

Em consonância com a compreensão e representação cosmológica indígena, o constituinte originário de 1988 assegurou aos indígenas posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas e essenciais à sua sobrevivência física e cultural (MARCHIONI, 2014, p. 14). Por “tradicionalmente ocupadas”, entendeu aquelas ocupadas pelos indígenas em caráter permanente; as utilizadas para suas atividades produtivas; as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231, §1º, da CF/88). Tal compreensão ensejou o reconhecimento da “tradicionalidade” como elemento central para a demarcação de terras indígenas, e não mais, propriamente, a “imemorialidade” da ocupação (MAIA *et al.*, 2018, p. 30).

Não obstante, impende ressaltar que o ato de demarcar terras indígenas se reveste de natureza meramente declaratória, não constitutiva, uma vez que consiste apenas na delimitação de um direito de ocupação preexistente (SALES, 2015, p. 141). Isto é, tem-se que os direitos dos indígenas às suas terras preexistem ao próprio reconhecimento constitucional, na medida em que estão relacionados à sua existência enquanto comunidade; são direitos naturais, que coexistem com o próprio ser das comunidades indígenas; verdadeiros direitos constitucionais fundamentais, os quais, para os indígenas, possuem um valor de sobrevivência física e cultural (SILVA, 2009, p. 5).

Dessa forma, a adequação dos limites da terra indígena à extensão territorial reivindicada pela comunidade se apresenta, a princípio, como uma medida compatível com o texto constitucional. Isso porque, à medida em que o constituinte reconheceu o caráter originário do direito às terras tradicionalmente ocupadas (art. 231, caput, da CF/88); a natureza declaratória do procedimento demarcatório, e a imprescritibilidade do direito sobre essas áreas (art. 231, §4º, da CF/88), expressou sua vontade em assegurar aos povos indígenas o direito de usufruir das terras que reconhecem como próprias do seu território, qualquer que seja a dimensão.

Sob esse ponto de vista, destaca Silva (2009, p. 20):

Os índios têm direito à demarcação de suas terras na sua totalidade. Esses direitos preexistem ao ato de demarcação, por isso mesmo a demarcação é reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal como meramente declaratória. Ora, então, se forem indígenas as terras confinantes com terras já demarcadas, corre-lhes o direito à ampliação da demarcação até cobrir as áreas que ficaram fora da demarcação original. Isso não pode ser proibido, porque é um direito inalienável. É lícita, pois, essa ampliação. O que não é lícito é a ampliação da demarcação sobre terra não-indígena, sobre terras de propriedade privada fundada em título legítimo.

O entendimento em destaque se assemelha àquele encontrado na jurisprudência da Corte IDH, a qual reconhece que o direito à reivindicação do território persiste enquanto houver uma relação de base espiritual e material da comunidade com as terras reclamadas – ainda que, por questões diversas, essas não se encontrem sob a posse do grupo indígena<sup>10</sup>. Apesar disso, tem-se verificado uma resistência das instituições nacionais em reconhecer o direito à remarcação ampliada das terras indígenas e dar seguimento aos respectivos procedimentos administrativos, sobretudo após o advento das condicionantes fixadas no julgamento da Pet. 3.388 (Raposa Serra do Sol), em 2009, pela Corte

<sup>10</sup> CORTE IDH. Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai. Sentença de 29 de março de 2006. par. 131.

Suprema brasileira. Embora a jurisprudência fosse reconhecidamente desprovida de efeito vinculante, tribunais de todo o país passaram a aplicá-la a casos análogos.

Além disso, projetos de lei e medidas administrativas foram adotadas com base no dito precedente, como é o exemplo do Parecer nº 001/2017, da Advocacia-Geral da União (AGU), que estendeu as 19 condicionantes fixadas naquele julgamento para todos os casos de demarcação de terras indígenas em curso<sup>11</sup>. Entre as recomendações estava a vedação à remarcação ampliativa de terras indígenas, sendo indiferente à instituição a existência de vício, erro ou inadequação da demarcação orginial aos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Essa medida culminou na devolução de pelo menos 27 procedimentos demarcatórios à FUNAI, para serem “reanalisados” à luz das diretrizes fixadas no dito Parecer (CIMI, 2020, p. 37), dentre elas, a TI Wassu-Cocal (Procedimento nº 08620.035587/2012-24).

O processo de remarcação ampliativa decorreu da elaboração de um novo RCID da TI Wassu-Cocal, o qual foi aprovado e publicado no D.O.U de 13 de julho de 2012, em conformidade com o disposto no art. 2º, §7º do Decreto nº 1.775/96<sup>12</sup>. O relatório destaca que em 1940 iniciou-se um movimento de fixação de não-indígenas no território Wassu-Cocal, inclusive através do uso da força, o que fez com que muitas famílias fossem obrigadas a abandonar suas terras para sobreviver, comprementendo seus ritos e vínculos familiares. Aquelas que permaneceram, passaram a viver confinadas em um espaço não superior a 300 hectares de terra (BRASIL, 2012, p. 88).

11 Atualmente, o Parecer nº 001/2017 da AGU encontra-se com efeitos suspensos, por decisão liminar proferida pelo eminente Ministro Edson Fachin, Relator do Caso Terra Indígena Xokleng (RE nº 1.017.365. Relator: Ministro Edson Fachin. DJe 04. 2020).

12 Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação. [...] § 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

Tendo isso em vista, afirma o relatório:

Os estudos que fundamentaram a primeira demarcação da TI Wassú-Cocal, em 1986, realizaram-se exatamente nesse contexto conflituoso, quando os índios estavam sendo coagidos e ameaçados; as pressões dos não-índios levaram os Wassú a se fixarem numa porção ínfima das terras tradicionalmente ocupadas, motivo pelo qual a Funai foi capaz de garantir somente uma área mínima para o grupo, deixando de delimitar porções fundamentais da terra tradicionalmente ocupada. (BRASIL, 2012, p. 88)

Assim, reconheceu-se a existência de vícios no procedimento demarcatório da TI Wassu-Cocal, motivo pelo qual a FUNAI recomendou a remarcação ampliativa da terra indígena em harmonia com o art. 231 da CF/88, ou seja, considerando a área tradicionalmente ocupada pelo povo indígena. Nesse contexto, vê-se que a medida dialoga e se adequa ao que recomenda a Corte IDH em situações análogas, na medida em que considera: a) a posse tradicional como referência para a delimitação da terra indígena; b) o direito dos indígenas sobre as terras de que detêm a posse tradicional; c) a possibilidade de os indígenas recuperarem as terras que perderam, e d) a prevalência do direito dos povos indígenas sobre o direito de terceiro de boa-fé<sup>13</sup>.

Como já observado anteriormente, o tribunal interamericano entende que a existência de uma relação material e espiritual com o território confere ao grupo indígena o direito de reivindicá-lo perante o Estado, ainda que, por circunstâncias diversas, não esteja sob sua posse. O território ancestral integra o modo de vida daquela coletividade, suas cosmovisões, e faz parte de sua reprodução física e cultural, o que, inclusive, foi ressaltado pelo grupo técnico no RCID da TI Wassu-Cocal, como revela a seguinte passagem: “[...] mas é no interior das matas, nos lugares reservados dos ritos, dentro das

<sup>13</sup> CORTE IDH. Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010. par. 109.

pequenas igrejas ou das casas de barro, espalhadas por um conjunto de caminhos, que a maioria dos Wassu age e processa o sentido dos seus atos” (BRASIL, 2012, p. 89).

Apesar do exposto, esse entendimento encontra divergências na jurisprudência nacional, conforme já explanado anteriormente. No caso da TI Wassu-Cocal, os fazendeiros Carlos Alberto Moreira de Mendonça Canuto e Valéria Viana de Mendonça Canuto, ambos proprietários da Fazenda Padre Cícero e Anexos, impetraram o Mandado de Segurança (MS) nº 21.572/AL contra o Ministro de Estado da Justiça (autoridade coatora) no STJ em 02 de fevereiro de 2015, com a finalidade de interromper o processo de remarcação ampliativa conduzido pela FUNAI. Nessa linha, alegaram que a medida era ilegal, pois violava o precedente fixado pelo STF no julgamento da Petição nº 3.388/RR, relativo às salvaguardas institucionais.

Por outro lado, o impetrado afirmou que o STF admite a revisão da demarcação já realizada quando existirem vícios insanáveis ou de nulidade absoluta no procedimento demarcatório anterior. No mais, sustentou que os primeiros trabalhos demarcatórios da TI Wassu-Cocal foram desprovidos de critérios técnicos capazes de atender às normativas atualmente vigentes. Nesse sentir, afirmou que a condução do procedimento de adequação da primeira demarcação às necessidades de reprodução física e cultural do povo indígena é uma obrigação do Estado. Na mesma direção opinou o MPF, afirmando que “negar a possibilidade de revisão do processo confrontaria a proposta da nova ordem constitucional (art. 231, §1º), bem como sua força originária e inaugural no âmbito das estruturas do poder e das garantias fundamentais”.

Ainda assim, o Relator do MS nº 21.572/AL, Ministro Sérgio Kukina, concedeu a segurança aos impetrantes. Em seu voto, ressaltou que o Colegiado da Primeira Seção do STJ já havia afirmado noutra

ação (relativa à ampliação da TI Porquinhos, situada no estado do Maranhão), a legitimidade da nova demarcação da terra indígena, seguindo as balizas estabelecidas pela ordem constitucional de 1988. Contudo, o Relator lembrou que o acórdão foi objeto de recurso ao STF, onde a Relatora, Ministra Carmén Lúcia, modificou a decisão, alegando que, em que pese a ausência de eficácia vinculante do julgamento da Petição nº 3.388/RR, as condicionantes delineadas naquela ocasião haveriam de ser consideradas em casos futuros.

Seguindo esse precedente, o Relator determinou a suspensão da remarcação ampliativa da TI Wassu-Cocal. A decisão foi ratificada pelos demais ministros da Primeira Seção do STJ, o mesmo ocorrendo no julgamento dos Embargos de Declaração opostos, onde o tribunal reafirmou a aplicabilidade das condicionantes fixadas pelo no julgamento da Pet. 3.388/RR ao caso analisado. Contra a decisão, foram interpostos dois Recursos Extraordinários, sendo um da União e o outro do MPF. Ambos questionavam a aplicação irrestrita de um precedente firmado em caso singular a outros casos, sem analisar as suas particularidades. Porém, a Vice-Presidente do STJ à época, Ministra Laurita Vaz, negou seguimento a ambos.

Por último, foi interposto um Agravo no Recurso Extraordinário perante o STF. Ao deliberar sobre o caso, o Ministro Marco Aurélio Mello, em breve decisão, afirmou que “o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do Supremo, pelo que descabe o processamento pretendido” (ARE 1005920/AL, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Julgamento: 14/03/2017, Publicação: 22/03/2017). Ou seja, em todas as oportunidades em que o Poder Judiciário teve para se manifestar sobre o direito de propriedade coletiva do povo Wassu-Cocal, limitou-o com base na jurisprudência interna, afirmando a aplicabilidade da condicionante nº XVII fixada no julgamento da Petição nº 3.388/RR. Como consequência do esgotamento dos recursos,

obstou-se em definitivo a continuidade do processo de remarcação ampliativa da TI no âmbito interno.

Ocorre que, se observada a questão sob o prisma da jurisprudência da Corte IDH, notória é a violação ao direito de propriedade coletiva do povo indígena. Isto é, ao impedir a remarcação ampliativa da TI Wassu-Cocal, o Estado: 1) restringiu a expressão do grupo sobre o território efetivamente necessário aos seus usos, costumes e tradições, reconhecidamente superior àquele demarcado; 2) ofendeu o dever de delimitar, demarcar e conceder o título coletivo das terras tradicionalmente ocupadas ao povo indígena; 3) violou o direito dos indígenas à manutenção da propriedade sobre as terras que tenham perdido; e 4) denegou o direito de retomada das terras esbulhadas por terceiros. Além disso, comprometeu a reprodução física e cultural do grupo indígena, incorrendo em violação aos seus direitos culturais e outros correlatos.

Nesse contexto, cumpre frisar que o direito de propriedade coletiva integra o conjunto de direitos humanos protegido pela Convenção Americana, sendo sua observância obrigatória pelos Estados-parte. Por assim dizer, tais Estados possuem o dever de assegurar às disposições convencionais os efeitos próprios no plano de seus respectivos direitos internos (TRINDADE, 2002, p. 529). Nesse sentido, afirma Hitters (2008, p. 133-134, trad. nossa) que “resulta obrigatório [ao Estado] suprimir os ‘preceitos’ e as ‘práticas’ de qualquer natureza que acarretem uma violação das garantias previstas na Convenção”. Porém, àqueles que, assim como o Brasil, ratificaram a jurisdição obrigatória da Corte IDH, a violação ao direito de propriedade coletiva poderá acarretar no reconhecimento de sua responsabilidade internacional.

No caso em destaque, a análise das decisões judiciais revela que em nenhum momento os tribunais sequer ponderaram

sobre a interpretação do direito segundo a jurisprudência da Corte IDH. Apenas aplicaram cegamente o precedente da Pet. 3.388/RR, desconsiderando por completo a presença de vícios na demarcação original, assim como relatado no novo RCID da TI Wassu-Cocal (2012). Para além das implicações jurídicas, o entendimento adotado perpetua a violência havida há mais de um século e que ainda hoje acomete os indígenas Wassu-Cocal, na medida em que lhes restringe seus modos de ser, de viver e de se expressar em seu território.

Tendo em vista o exposto, resta evidente a necessidade de efetivar uma maior observância aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e à jurisprudência da Corte IDH pelas cortes de justiça, tal e qual prescreve a Recomendação N° 123, de 07 de janeiro de 2022, do CNJ. A partir da interpretação conferida pelo tribunal interamericano, juristas poderão promover uma melhor aplicação da lei, assegurando a remarcação ampliativa daquelas terras cuja demarcação a menor, no passado, vêm prejudicando a sobrevivência física e cultural de povos indígenas.

## CONCLUSÃO

No presente artigo, buscou-se fazer uma revisão do impasse relativo à remarcação ampliativa da TI Wassu-Cocal, cujo procedimento administrativo foi interrompido em 2015, após decisão proferida pelo Relator do caso no Mandado de Segurança n° 21.572/AL, impetrado no STJ. Com vista a fornecer uma contribuição relevante aos estudos sobre o tema, buscou-se analisar a questão da remarcação ampliativa de terras indígenas sob a perspectiva da jurisprudência da Corte IDH, que reconhece o direito de propriedade coletiva desses povos como parte integrante dos direitos humanos assegurados pelo Convenção Americana (artigo 21).

Considerando os precedentes do tribunal interamericano, foi possível constatar que o procedimento administrativo de revisão e ampliação dos limites das terras indígenas constitui uma medida relevante para a garantia dos direitos desses povos. Tal medida confere efetividade ao dever do Estado de delimitar, demarcar e conceder o título coletivo das terras tradicionalmente ocupadas – inclusive daquelas que, de boa-fé ou não, tenham sido transladadas a terceiros não-indígenas. Nesse sentido, é também a interpretação de autores como José Afonso da Silva, Luis Fernando Villares e Érica Magami Yamada, que ressaltam a oportunidade de adequar as terras indígenas ao novo paradigma instituído pela Constituição Federal de 1988.

Na pesquisa jurisprudencial, foi possível verificar que as decisões judiciais relativas ao caso da TI Wassu-Cocal em nenhum momento consideraram a jurisprudência da Corte IDH em sua fundamentação, seja para segui-la ou refutá-la. Na verdade, negaram a possibilidade da remarcação ampliativa da TI unicamente em função da jurisprudência erigida no julgamento da Petição nº 3.388 (TI Raposa Serra do Sol), a qual vem sendo aplicada irrestritamente a diversos casos, contraditoriamente ao entendimento da própria Corte Suprema, que afirmou o caráter não-vinculante da decisão em sede de Embargos de Declaração.

Ante o exposto, conclui-se que o diálogo das cortes nacionais com a Corte IDH é ainda incipiente no Brasil, o que muitas vezes impede o avanço da interpretação jurisdicional em matéria de direitos humanos – e, no pior dos casos, legitima eventuais violações a esses direitos. Inobstante isso, a análise realizada no presente artigo demonstra que a proteção advinda do sistema regional é uma alternativa aplicável à situação em análise. Em que pese as dificuldades para sua instrumentalização, os custos e a demora no oferecimento de uma resposta efetiva, que muitas vezes desestimulam o seu acionamento, a

responsabilização internacional do Estado deve ser considerada como uma alternativa face ao esgotamento dos recursos internos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Luiz Henrique Eloy. Situação jurídica das terras Terena em Mato Grosso do Sul. *Tellus*, Campo Grande, n. 41, p. 11-34, jan./abr. 2020.

ANAYA, James. **Indigenous peoples in international law**. Oxford University Press, 2004.

ANTKOWIAK, Thomas M. Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 35, n. 1, p. 113-187, 2014.

BIJOS, Leila; MELO, Cristina Nascimento de. Demarcação de Terras Indígenas e Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a responsabilidade do Estado por ato judicial. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Mandado de Segurança nº 21.572 - AL (2015/0019209-8)**. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Data de Julgamento: 10/06/2015. Data de Publicação: DJe 18/06/2015. Disponível em: [https://documentacao.socioambiental.org/noticias/anexo\\_noticia/31336\\_20150811\\_163629.pdf](https://documentacao.socioambiental.org/noticias/anexo_noticia/31336_20150811_163629.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Pet: 3388 RR**. Relator: Min. Carlos Britto. Data de Julgamento: 19/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-181 Divulg. 24/09/2009 Public. 25/09/2009. Republicação: DJe-120. Divulg. 30/06/2010. Public. 01/07/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RMS: 29542 DF**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 30/09/2014. Segunda Tur-

ma. Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-223 Divulg. 12-11-2014. Public. 13-11-2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/25313878/inteiro-teor-151825253>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BURGOGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. **The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 497-523.

Conselho Indigenista Missionário (CIMI). **Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil (dados de 2019)**. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021.

CLAVERO, Bartolomé. The Rule of Law and the Legal Treatment of Native Americans. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **The Rule of Law History, Theory and Criticism**. Springer, Dordrecht, 2007, p. 443-466.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 11: pueblos indígenas y tribales**. 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai**. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf). Acesso em: 24 jul. 2022.

FUNAI. **Despacho n° 652, de 11 de julho de 2012**. Reconhece os estudos de identificação da Terra Indígena Wassu-Cocal. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/38660905/dou-secao-1-13-07-2012-pg-88>. Acesso em: 22 jul. 2021.

FUNAI. **TI Wassu-Cocal: Boletim informativo CGGAM n. 04 - 2019**. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/arquivos/conteu>

do/cggam/pdf/2019/ti-wassu-cocal-versao-final.pdf. Acesso em: 22 jul. 2021.

GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?. **Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 37-41.

HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, jul/dez, 2008, p. 131 - 155.

LAGES, Anabelle S. Sobre as disjunções entre direito e justiça: as práticas de racionalidade da injustiça operadas pelo Supremo Tribunal Federal no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. **Revista Pós Ciências Sociais**, v. 13, n. 25, 2016, p. 225-250.

MAIA, Luciano Mariz [*et al.*]. Terras indígenas tradicionalmente ocupadas: uma análise sob a luz da teoria do “romance em cadeia” de Dworkin. *In*: ALCÂNTARA, G. K.; TINOCO, L. N.; MAIA, L. M (Org.). **Índios, Direitos Originários e Territorialidade**. Brasília: ANPR, 2018, p. 14-75.

MARCHIONI, Alessandra. Em pé de guerra: a ofensiva do Estado brasileiro contra os direitos e garantias das populações originárias. *In*: ALMEIDA, L. S. DE; MARCHIONI, A.; SILVA, A. H. L. DA; BARBALHO, J. I. S. (Org.). **Índios de Alagoas: história e sociedade**. 1ed, v. 16. Maceió: Edufal, 2014.

MARÉS, Carlos. Os Povos Indígenas e o Direito Brasileiro. *In*: MARÉS, C.; BERGOLD, R. C. (Org.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios do séc. XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

MAZZUOLI, Valerio. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional**. São Paulo: Editora Método, 2019.

NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. The Judgment of the Case Xucuru People v. Brazil: Inter-American Court of Human Rights between Consolidation and Setbacks. **Brazilian Journal of International Law**, v. 16, 2019.

OLIVEIRA, João Pacheco de. O antropólogo como perito: entre o indianismo e o indigenismo. In: ESTOILE, B. [et al.] (Org.). **Antropologia, Impérios e Estados Nacionais**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 253-277.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 2006. Disponível em: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf). Acesso em: 19 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. 1989. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C169](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169). Acesso em: 21 jul. 2021.

PASQUALUCCI, Jo M. International Indigenous Land Rights: a critique of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People. **Wisconsin International Law Journal**, ed. 27, n. 1, 2009, p. 51-98.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALES, Isabela do Amaral. Terras indígenas e dinâmica territorial: análise da vedação à ampliação de limites no caso Raposa Serra do Sol. In: GEDIEL, J. A. P.; CORRÊA, A. E.; SANTOS, A. M. DOS; SILVA, E. F. (Org.). **Direitos em conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados**. Curitiba: Kairós Edições, v. 2, 2015.

SCHETTINI, Andrea. Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 9, n. 17, p. 63-84, 2012.

SCHETTINO, Marco Paulo Fróes. Índios na cidade: a necessária superação da ideia de índios aldeados e desaldeados. In: FERREIRA, R. C.; SCHETTINO, M. P. F.; SILVA, L. L. (Org.). **Perícia em antropologia no MPF: primeiras contribuições no combate à pandemia da Covid-19**. Brasília: MPF, 2021.

SILVA, Edson. Os índios Wassú e a Guerra do Paraguai. **Revista Cabanos**, nº 1, jan./jul. 2006, p. 93-109.

SILVA, José Afonso da. **Parecer relativo à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol**. Maio, 2016. 25 pp. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf). Acesso em: 17 jul. 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ULRIKE, Barten. What's in a name? Peoples, Minorities, Indigenous Peoples, Tribal Groups and Nations. **E C M I Journal ON Ethnopolitics and Minority Issues in Europe**, v. 14, n. 1, 2015, p. 1-25.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, 2010, p. 145-157.



# **CAPÍTULO 4**

---

## **ANÁLISE DA NECROPOLÍTICA DE GÊNERO NA AMÉRICA LATINA A PARTIR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UMA REVISÃO**

Maria Luíza de Castro Nunes Pereira<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco.

**R**esumo: A América Latina é uma das regiões que mais ameaça a existência da mulher negra e indígena em relação ao direito à vida. Para entender essa realidade, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem analisado casos de feminicídio e demonstrado sua dimensão política. Pois as mortes dessas mulheres são reflexos da anuência dos Estados, que deveriam garantir sua proteção. E a interseccionalidade de gênero, raça e etnia deve ser levada em consideração quando se trata de buscar a eficácia dos direitos humanos. O objetivo do presente estudo foi realizar uma revisão integrativa da literatura a fim de compreender a necropolítica de gênero na América Latina a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Foi feita uma busca das referências nas bases Periódicos CAPES e Google Scholar em julho de 2021. A busca permitiu a identificação de quatro artigos que se adequaram aos critérios estabelecidos. Os dados atuais referentes ao grande índice de feminicídio nos países da América Latina e os pronunciamentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos são indicadores da configuração de uma necropolítica de gênero como forma estruturadora das relações de poder dos países latino-americanos.

**Palavras-chave:** Feminicídio. Necropolítica. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

**Abstract:** *Latin America is one of the regions that most threatens the existence of black and indigenous women in relation to the right to life. To understand this reality, the Inter-American Human Rights System has analyzed cases of femicide and demonstrated its political dimension. Because the death of these women is a reflection of the consent of the States, which should guarantee their protection. And the intersectionality of gender, race and ethnicity must be taken into account when it comes to seeking the effectiveness of human rights. The aim of this study was to carry out an integrative literature review in order to understand gender necropolitics*

*in Latin America from the perspective of the Inter-American Human Rights System. A search of the references was carried out in the CAPES Periodicals and Google Scholar databases in July 2021. The search allowed the identification of four articles that met the established criteria. Current data referring to the large rate of femicide in Latin American countries and the pronouncements of the Inter-American System of Human Rights are indicators of the configuration of a gender necropolitics as a structuring form of power relations in Latin American countries.*

**Keywords:** *Femicide. Necropolitics. Inter-American Human Rights System.*

## INTRODUÇÃO

Feminicídio é o assassinato de meninas e mulheres respaldado por uma estrutura de poder de gênero que provoca a atuação das esferas públicas e privadas, ou seja, do Estado e da pessoa que praticou o crime (FREGOSO; BEJARANO, 2011).

Assim, gênero pode ser definido como uma imprescindível categoria de análise, um espaço inicial onde o poder é articulado. (SCOTT, 1995).

Dessa forma, gênero reflete os aspectos sociais atribuídos ao sexo, não estando relacionado à questão biológica ou a características naturais. Diante do fato de que as sociedades são constituídas de maneira diversa, o estudo das questões de gênero torna-se imprescindível quando se trata de entender as relações de poder (CERQUEIRA, 2018).

Nesta realidade, o feminino experimenta trajetórias em que gênero, raça e classe social são utilizados como características que classificam o seu local social e coloca-o na situação de maior vulnerabilidade (CERQUEIRA, 2018).

Por isso a importância de entender a necropolítica, um conceito filosófico que se refere ao uso do poder político e social para ditar quem pode viver e quem deve morrer, com o partilhamento desigual de oportunidades no sistema capitalista atual (MBEMBE, 2016).

O alto índice de feminicídio de mulheres pobres, negras e indígenas nos países da América Latina pode ser entendido a partir do reconhecimento da necropolítica de gênero, que é o reflexo do poder capitalista articulado com o patriarcado e o racismo (NIELSSON, 2020).

Nesse contexto, surge o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em 1948, com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a adesão à Carta da Organização dos Estados Americanos (FRANCO et al., 2020).

Este Sistema é constituído por órgãos especializados da Organização dos Estados Americanos, a saber, Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos e tem papel fundamental no que diz respeito à proteção dos direitos humanos na América Latina (PAULA, 2019).

Essa é uma das regiões que mais ameaça a existência da mulher negra e indígena, por isso, para entender essa realidade, o Sistema supramencionado tem analisado casos de feminicídio e demonstrado sua dimensão política (FRANCO et al., 2020).

Por essa razão, o objetivo do presente estudo foi realizar uma revisão integrativa da literatura a fim de analisar a necropolítica de gênero na América Latina, como forma de poder que reproduz a morte de mulheres negras, indígenas e pobres, a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

## MATERIAIS E MÉTODOS

Foi feito um levantamento da literatura em julho de 2021, nas bases de dados Periódicos CAPES e Google Acadêmico. Os descritores utilizados foram os seguintes: “Necropolítica” AND “Gênero” AND “Feminicídio” AND “Sistema Interamericano de Direitos Humanos” AND “Necropolitics” AND “Gender” AND “Femicide” AND “Inter-American Human Rights System” em todas as bases de dados.

Desse modo, foram selecionados 04 artigos sendo incluídos segundo os critérios de elegibilidade conforme a Figura 1. Os critérios de inclusão foram: artigos nos idiomas espanhol e português, nos últimos cinco anos, envolvendo o conhecimento sobre necropolítica de gênero a partir do sistema interamericano de direitos humanos. Os critérios de exclusão foram artigos de revisão de literatura.

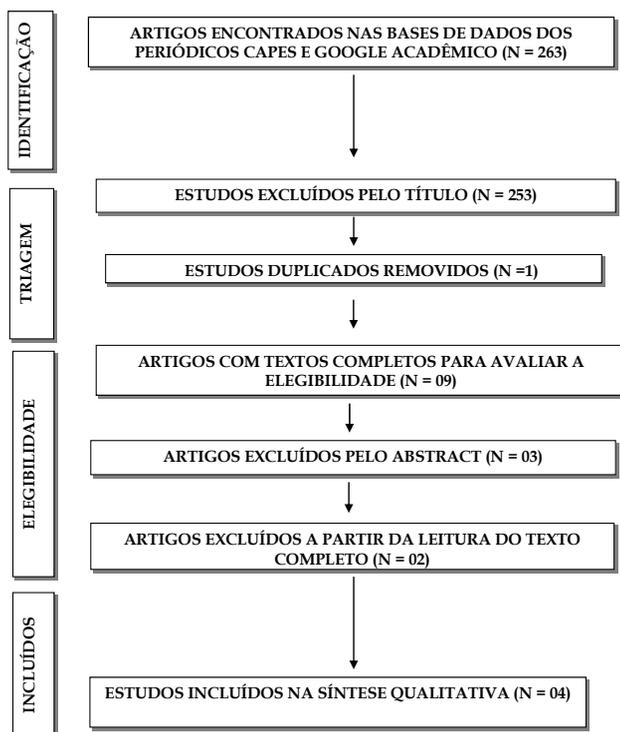


Figura 1. Fluxograma e critérios de seleção e inclusão dos trabalhos

## Resultados

Os resultados do presente estudo encontram-se na Tabela 1.

Tabela 1 – Demonstrativo dos artigos que integram a Revisão Integrativa

# N	Data	Título	Autores	Periódico	Objetivos	Resultados
1	2020	A Necropolítica de gênero, o feminicídio e a morte sistemática de mulheres na América Latina: uma análise a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos	Joice Gracie Nielsson	Revista Culturas Jurídicas	Estudar situações de feminicídio analisadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos com o intuito de entender os elementos de configuração da formação de uma Necropolítica de gênero que precisa gerar a morte sistemática de mulheres como modo de ampliação das formas de exploração da vida.	O Sistema Interamericano de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade internacional dos Estados e determinou a configuração da Necropolítica de gênero, tendo em vista a morte sistemática de mulheres vítimas de feminicídio em uma realidade de altos índices de violência que se relacionam à interseccionalidade de gênero, raça e classe.
2	2020	O Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos e a construção de uma democracia de gênero a partir do implemento de políticas públicas educativas e de saúde: análise do caso <i>González e outras vs. México (Campo Algodonero)</i>	Ellen Priscile Kaster Franco, Michel Canuto de Sena, Fernando Moreira Fretas da Silva, Paulo Roberto Haidamus de Oliveira Bastos.	Revista LexCult	Questionar a obrigatoriedade dos Estados membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos de efetivarem as políticas públicas educativas de gênero e saúde pública para construir uma igualdade material e uma democracia de gênero, tendo por pilar o julgamento do caso <i>González e outras vs. México</i> .	A Corte Interamericana de Direitos Humanos atua como intérprete e é incumbida pela criação de um direito comum aos Estados membros. Sendo assim, as determinações dadas pela Corte em todos os casos, inclusive no caso <i>González e outras vs. México</i> , devem servir como orientação para um diálogo social entre todos os atores envolvidos.
# N	Data	Título	Autores	Periódico	Objetivos	Resultados
3	2019	Direitos humanos e interseccionalidade: uma análise sobre a política de gêneros da ONU Mulheres Brasil	Dandara Oliveira de Paula.	Banco de dissertações do CEFET/RJ	Analisar o trabalho da ONU Mulheres Brasil e como enfrentam a questão da universalidade e efetividade dos direitos humanos na vida das mulheres, sobretudo das mulheres negras.	O racismo institucionalizado reflete a forma que o Estado trata a população negra. Com ações de Necropolítica como o genocídio dos jovens negros e a morte de mulheres negras vítimas de feminicídio.
5	2018	Entre conceitos e legislações: análises e reflexões sobre feminicídio, mulheres negras e violação de direitos humanos	Iodenis Borges Figueira Cerqueira.	Banco de dissertações da UFG	Debater o feminicídio, sob a ótica da interseccionalidade de gênero e raça, a fim de analisar legislações e realizar uma pesquisa dos dados estatísticos em países da América Latina.	A pesquisa de dados demonstrou as consequências enfrentadas pelas sociedades baseadas no patriarcado e no racismo, ao comprovar que as mortes das mulheres negras vítimas de feminicídio são estatisticamente mascaradas pelos países estudados.

## DISCUSSÃO

O objetivo do presente estudo foi realizar uma revisão integrativa da literatura a fim de compreender a necropolítica de gênero na América Latina a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Entender as especificidades do tempo histórico atual e a obscuridade dos tipos de poderes que agem sobre as vidas, principalmente as mais vulneráveis, gerando formas destrutivas de

dominação é uma questão imediata, e para qual o presente estudo pretende contribuir (NIELSSON, 2020).

## **Feminicídio e outros termos**

A pesquisa sobre assassinatos de mulheres tem trazido à tona questões sociais e contextos sociopolíticos como forma de encontrar razões e apontar soluções para a garantia dos direitos humanos delas. Por isso, neste item serão aprofundados termos relacionados a essas mortes, como forma de intitular para destacar.

Existem alguns termos que surgiram no século passado para determinar a morte de milhões de mulheres apenas por serem mulheres, a saber, Gendercide, femicide, feminicídio. Porém, cada termo desses tem um significado específico se comparado ao outro (SOUZA, 2018).

Gendercide foi um vocábulo criado por Mary Anne Warren, feminista americana, em 1985 no livro intitulado “Gendercide: The Implications of Sex Selection”, referindo-se ao assassinato de mulheres por questões de gênero. A feminista confronta o genericídio com o genocídio, fazendo a distinção de que um mata pela raça e o outro pelo gênero, mas possuem a mesma finalidade (SOUZA, 2018).

Segundo **Grech e Mamo (2014)**, o sistema social patriarcal, em que homens mantêm o poder central, é o principal responsável pela grande distinção que há entre homens e mulheres, no que diz respeito a direitos e garantias. A morte de recém-nascidos do sexo feminino e outras práticas como abuso sexual e cuidados médicos inadequados levou a morte de aproximadamente 200 milhões de mulheres em países da Ásia (SOUZA, 2020).

Nesse contexto, o assassinato de mulheres tornou-se comum no patriarcalismo, por muitas vezes elas ficam sob o controle dos

homens, sejam familiares, maridos e até chefes. As razões desses crimes não são consequência de fatores patológicos dos criminosos e sim do simples fato de acreditarem que têm a posse dos corpos delas (CERQUEIRA, 2018).

O termo Femicídio, no sentido literal é a tradução de femicide, da língua inglesa, para o castelhano, idioma em que se expandiu e reativou as discussões sobre o grande número de mortes por gênero na América Latina (CERQUEIRA, 2018).

Dessa forma, o vocábulo femicide, que significa o assassinato de mulheres pelo simples fato delas serem mulheres, apareceu inicialmente em 1976, em Bruxelas, no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres. **Caputi e Russell em 1992 definiram o termo como** o assassinato de mulheres particularmente por homens movidos pelo desprezo, prazer, ódio ou sentimento de posse. Trata-se de um desdobramento de outros tipos de violência, tais como assédio, estupro, exploração sexual, dentre outras. Segundo **Caputi e Russell, se alguns desses atos resultarem em morte, caracteriza-se o feminicide** (SOUZA, 2018).

Não é unanimidade que os termos femicídio e feminicídio são sinônimos, apesar de serem muito usados na América Latina dessa forma. A antropóloga Marcela **Lagarde (2008)** criou a expressão feminicídio que começou, também no Brasil, a denominar esse tipo de crime. Lagarde enfatiza que o feminicídio tem mais circulação, pois trata dos crimes com fundamento tanto na questão de gênero e misoginia, quanto na falta de políticas do Estado contra o assassinato de mulheres por homens em condição de poder, seja social, jurídico econômico ou político (CERQUEIRA, 2018).

Assim, o termo femicídio não seria suficiente para abarcar a gravidade e complexidade dos crimes contra a vida das mulheres

por questões de gênero, porque no sentido etimológico significa apenas a morte de uma mulher. O vocábulo feminicídio, como supramencionado, abrangeria a motivação baseada no gênero ou misoginia, somada à falta de ação estatal frente aos crimes (BRITO FILHO, 2017).

## **Femicídio de mulheres negras, indígenas e pobres**

Em diversos países da América Latina, mesmo com diferentes culturas, as mulheres negras, indígenas e pobres aparecem como as maiores vítimas em vários indicadores de violações de direitos humanos, o que é consequência das diversas características das sociedades em que vivem, e concomitantemente aumentam os índices de feminicídio (PINTO, 2016).

Segundo Schucman (2012), se para os homens negros, o racismo, mesmo ultrapassada a escravidão, deixou uma marca profunda e um saldo impiedoso de destruição e ausência de direitos humanos, começando com a não ascensão econômica e social, para as mulheres negras, este fator foi ainda mais cruel. Além do racismo, elas enfrentaram e enfrentam até hoje outros aspectos sexistas.

Dessa forma, afirma Giselle Pinto (2016):

Na desigualdade por gênero e raça, não há novidade sobre o fato das mulheres negras ganharem menos que os homens em todos os estados brasileiros e em todos os níveis de escolaridade. Elas saem do mercado mais tarde, se aposentam em menores proporções que os homens e há mais mulheres negras idosas que não recebem nem aposentadoria nem pensão. Isto reflete as condições em que estas mulheres estão no mercado brasileiro (PINTO, 2016, p. 4).

É importante mencionar que, dentro da estrutura das enormes diferenças raciais existentes na América Latina, a desigualdade sexual está presente e bastante sedimentada. Há uma discriminação dupla

de mulheres não brancas na região: as amefricanas e as ameríndias (GONZALEZ, 2020).

Assim, Lélia Gonzalez (2020) explica:

O caráter duplo de sua condição biológica – racial e/ou sexual – as torna as mulheres mais oprimidas e exploradas em uma região de capitalismo patriarcal-racista dependente. Precisamente porque esse sistema transforma diferenças em desigualdades, a discriminação que sofrem assume um caráter triplo, dada a sua posição de classe: as mulheres ameríndias e amefricanas são, na maioria, parte do imenso proletariado afro-latino-americano (GONZALEZ, 2020, p. 132).

Logo, a violência atinge desproporcionalmente as mulheres negras, indígenas e pobres, tendo em vista a combinação de diferentes formas de discriminação, a saber, de gênero, raça, etnia, classe, orientação sexual e identidade de gênero. Isso significa que elas, ao estarem sincronicamente submetidas a vários tipos de opressão, são a maioria das vítimas de feminicídio (CRUZ; NETO, 2021).

## **Feminismo Afro-Latino-Americano**

Falar sobre feminismo negro é falar, inicialmente, sobre Gloria Jean Watkins, cujo pseudônimo é bell hooks. Professora, autora, ativista, teórica feminista americana. Para ela, o feminismo não surgiu do pensamento das mulheres prejudicadas socialmente. De acordo com hooks, os primeiros passos do movimento feminista foram dados por mulheres brancas. Essas foram precursoras no ato de reivindicação de direitos e lugares sociais. As lutas eram baseadas nos pontos de vista e experiências delas e por isso não iam muito além de suas necessidades (COLLING, 2019).

Segundo Djamila Ribeiro (2018), o feminismo luta por uma sociedade sem hierarquia de gênero. Esse não sendo usado para garantir privilégios ou legitimar opressões. É um termo que traduz um processo desenvolvido ao longo da história, e que continua a ser

trabalhado diariamente, em vários espaços da vida social. E, como todo processo de transformação, passa por contradições, avanços e recuos.

Sendo assim, a expressão “onda feminista” trata dessa questão em construção, trazendo dois significados: o primeiro diz respeito ao fator cronológico de gerações consecutivas, já o segundo trata das construções práticas e teóricas relacionadas a esse tema (CONSOLIM, 2017).

Na passagem do século XIX para o século XX, o ocidente foi influenciado pelo liberalismo, baseado em ideias de igualdade e liberdade, estando o patriarcado bastante presente nas correntes liberais. Nessa realidade, surge a primeira onda feminista, organizada por mulheres brancas, de classe média, infelizes com a sua realidade de opressão e submissão ao sexo masculino, no Reino Unido e Estados Unidos (CONSOLIM, 2017).

Essas mulheres batalhavam por igualdade de direitos entre mulheres e homens, tendo como eixos, a saber, discrepâncias contratuais, propriedades e casamentos contra as suas vontades. Além disso, o movimento tinha como uma de suas pautas principais o direito ao voto (ALVES; PITANGUY, 2017).

A Segunda Onda Feminista aconteceu entre as décadas de 1960 e 1980 e tem como traços a luta pelo direito a trabalhar, ao prazer e contrário à violência sexual, destacando-se também o combate à violência doméstica (RIBEIRO, 2018).

No que diz respeito a Terceira Onda, ela teve início na década de 90, quando começaram de fato os debates dos pontos anteriormente trazidos nas outras ondas. As discussões sobre as diferentes formas do ser feminino, parando de enxergar a mulher como uma categoria

universal, iniciando-se a questão interseccional, considerando questões de gênero, raça e orientação sexual (RIBEIRO, 2018).

Nesse contexto, começaram a ficar mais evidentes as lutas das mulheres negras. Elas passaram a contestar a invisibilidade de seus problemas para as feministas brancas, haja vista que seus enfrentamentos e necessidades eram historicamente diferentes. A invisibilidade supramencionada já tinha sido objeto de análise de bell hooks na década de 70, quando a ativista criticou os movimentos feministas que não levavam em consideração as questões das negras (RIBEIRO, 2018).

Desejando romper com a segmentação racial e de gênero que compõem essa estrutura, a teórica feminista norte-americana Kimberlé Crenshaw em 1989 difundiu o termo “interseccionalidade” para capturar as consequências da interação entre duas ou mais formas de subordinação: racismo, sexismo e patriarcalismo (DO NASCIMENTO; CABRAL; CERQUEIRA, 2019).

Segundo Crenshaw (2004), era extremamente importante o conhecimento de que as mulheres negras não poderiam ser enxergadas por um único viés que as colocavam no mesmo ponto das mulheres brancas, precisando ter uma visão que abarque o fato de que, além de mulher, ela é negra.

Esse movimento surgiu como um contraponto ao movimento feminista universalista, quando na década de 90, iniciou-se uma discussão acerca das várias formas de ser mulher. Nesse momento, as negras começaram a questionar de maneira mais incisiva a sua invisibilidade dentro da comunidade feminista, posto que seus desafios e necessidades são historicamente discrepantes (COLLING, 2019).

As principais reivindicações femininas não refletiam os desejos nem se relacionavam com as vivências das mulheres negras. No que tange ao mito da fragilidade feminina, por exemplo, as negras nunca foram enxergadas dessa forma, pelo contrário, trabalhavam duro ao lado dos homens durante o período da escravidão (FERNANDES, 2016).

Quando as feministas iniciaram a luta para que as mulheres pudessem trabalhar, pareceu minimamente estranho para aquelas que já trabalhavam há séculos, como escravas, vendedoras ou empregadas domésticas. Ao passo que as mulheres brancas buscavam um espaço no mercado de trabalho, as mulheres negras já estavam em atividade laboral, formal ou informal, há muito tempo (FERNANDES, 2016).

Poressarazão, Sueli Carneiro, uma das principais representantes do movimento negro no Brasil, propôs “enegrecer o feminismo”, definindo na pauta do movimento de mulheres a importância que a questão racial tem na formação das políticas demográficas, além de introduzir a crítica ao modo de recrutamento e seleção no mercado de trabalho como a “boa aparência”, que proliferam as desigualdades e os privilégios (DO NASCIMENTO; CABRAL; CERQUEIRA, 2019).

Além disso, outro fator limitante para as mulheres negras é a formação de sua identidade física, que sofre discriminação, pois existem segmentações que categorizam certos grupos e determinam um padrão desejável (FERREIRA; NUNES, 2019).

Dessa forma, quanto mais ressaltado o fenótipo caracterizado pela cor da pele, o formato do nariz, a espessura dos lábios e principalmente dos cabelos, maior a ideologia do racismo e a limitação de acessibilidade social e econômica (FERREIRA; NUNES, 2019).

Segundo Djamila (2018), apesar de o feminismo negro trazer inúmeras potências como o fato de pensar modelos alternativos

de sociedades, ele acabou sendo um movimento invisibilizado, dependendo sempre da postura missionária do Norte Global. Dessa forma, quando chega na América Latina, desconsidera uma série de complexidades.

Djamila segue explicando que muitas pessoas pensam que o movimento feminista veio para dividir as sociedades. Mas, na realidade, a sociedade já é dividida, pois existe o racismo, a opressão de classe, o sexismo, entre outros. Tudo isso coloca a mulher negra na base e o homem branco no topo. Nomear isso é tentar combater opressões que já estão postas. Ela segue esclarecendo que são mulheres negras pensando o mundo em vários aspectos, não somente nos que lhe diz respeito. Assim, o feminismo negro é necessariamente antirracista, anticapitalista e antissexista (RIBEIRO, 2018).

Quando se trata do feminismo latino-americano, deve-se levar em consideração que ele perde muito de sua força por não considerar o caráter multirracial e pluricultural das sociedades da região (GONZALEZ, 2020).

Segundo Leila Gonzalez (2020),

Lidar, por exemplo, com a divisão sexual do trabalho sem articulá-la com a correspondente ao nível racial é cair em uma espécie de racionalismo universal abstrato, típico de um discurso masculinizante e branco. Falar de opressão à mulher latino-americana é falar de uma generalidade que esconde, enfatiza, que tira de cena a dura realidade vivida por milhões de mulheres que pagam um preço muito alto por não serem brancas (GONZALEZ, 2020, p.130).

O racismo presente na América Latina é aprimorado o suficiente para manter índios e negros na condição de parcelas subordinadas dentro das classes mais exploradas devido à sua convicção mais eficaz: a ideologia do branqueamento (GONZALEZ, 2020).

Diante do exposto, resta evidente a existência de algumas barreiras na análise das relações raciais na América Latina, com fundamento em suas configurações regionais e variedades internas, em comparação com outras sociedades multirraciais fora do continente. Conforme, Gonzalez (2020), “na verdade, esse silêncio ruidoso no que diz respeito às contradições raciais se baseia, nos tempos modernos, em um dos mitos mais eficazes de dominação ideológica: o da democracia racial”.

Enfim, feminismo não é uma luta meramente identitária, até porque branquitude e masculinidade também são identidades. Pensar feminismos é pensar projetos democráticos (RIBEIRO, 2018).

## **Interseccionalidade**

O conceito da Teoria Interseccional manifestou-se de extrema importância para o desenvolvimento e entendimento do feminismo. Embora existam algumas discussões acerca do seu conceito, desde que foi criado por Kimberlé Crenshaw em 1989, tem sido utilizado como base para novas pesquisas no que diz respeito à temática de raça, classe, gênero e outros fatores de intersecção (COLLING, 2019).

Segundo Crenshaw (2002), a interseccionalidade pretende explicar as consequências da interação entre dois ou mais fatores de opressão e subordinação enfrentados pelas mulheres ao longo de suas vidas (PEREIRA; FONSECA, 2016).

E conforme Crenshaw (2002),

A conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ele trata especificamente da forma pelo qual o racismo, o patriarcalismo, as opressões de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. (CRENSHAW, 2002, p.177)

Diante do exposto, destaca-se a importância do estudo dessa teoria para entender a realidade das mulheres negras, indígenas e pobres e os motivos delas serem vítimas da necropolítica e como combater essa realidade. Ademais, é importante lutar contra as discrepâncias existentes entre essas mulheres e o restante da sociedade.

Segundo Angela Davis, escritora, autora de “Mulheres, Raça e Classe”, militante e ativista negra, a discussão sobre interseccionalidade é de extrema importância. Em “As mulheres negras na construção de uma nova utopia” de 2011, Davis ressalta a relevância da interseção de fatores de opressão:

As organizações de esquerda têm argumentado dentro de uma visão marxista e ortodoxa que a classe é a coisa mais importante. Claro que classe é importante. É preciso compreender que classe informa a raça. Mas raça, também, informa a classe. E gênero informa a classe. Raça é a maneira como a classe é vivida. Da mesma forma que gênero é a maneira como a raça é vivida. A gente precisa refletir bastante para perceber as intersecções entre raça, classe e gênero, de forma a perceber que entre essas categorias existem relações que são mútuas e outras que são cruzadas. Ninguém pode assumir a primazia de uma categoria sobre as outras (DAVIS, 2011).

Por fim, Carla Akotirene também traz em seu livro “Interseccionalidade” uma boa explicação para o termo:

Interseccionalidade visa dar instrumentalidade teórico-metodológica à inseparabilidade estrutural do racismo, capitalismo e cisheteropatriarcado 3 – produtores de avenidas identitárias em que mulheres negras são repetidas vezes atingidas pelo cruzamento e sobreposição de gênero, raça e classe, modernos aparatos coloniais. Segundo Kimberlé Crenshaw, a interseccionalidade permite-nos enxergar a colisão das estruturas, a interação simultânea das avenidas identitárias, além do fracasso do feminismo em contemplar mulheres negras, já que reproduz o racismo. Igualmente, o movimento negro falha pelo caráter machista, oferece ferramentas metodológicas reservadas às experiências apenas do homem negro (AKOTIRENE, 2019, p. 107).

## Biopolítica e Necropolítica

O exercício em série do feminicídio de mulheres negras, indígenas e pobres na América Latina pode ser entendido pelo triunfo das formas de poder características da biopolítica até a concretização, em países mais subdesenvolvidos, da necropolítica (NIELSSON, 2020).

Utilizar-se-á inicialmente o referencial teórico biopolítico, criado por Michel Foucault, vinculando-o para a compreensão de situações da periferia do capitalismo a partir do filósofo Achille Mbembe. Desse ponto de partida, pretende-se analisar a dimensão política da geração de morte de mulheres negras, indígenas e pobres na América Latina.

Michel Foucault entende que biopoder é a parte da vida sobre a qual o poder tomou o controle. Segundo ele, “Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade biopolítica. A medicina é uma estratégia biopolítica” (FOUCAULT, 1979).

Dessa forma, para Foucault (1979), “a velha potência da morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida”.

Assim, visava-se conduzir a vida das pessoas, no quesito biológico por ser o capital essencial de produção. A população transformou-se em alvo da política e da economia, pois era indispensável ao processo econômico (SEIXAS, 2020).

A partir do crescimento capitalista, durante os séculos XVI e XX, a ideia foi incluir as pessoas nas enormes fábricas de produção de mercadorias. Porém, com a ocorrência de mudanças no sistema e a

necessidade cada vez menor de força de trabalho, na segunda metade do século XX, o processo passou a expulsar essas pessoas, inserindo-as no desemprego estrutural (HILÁRIO, 2016).

Do ponto de vista político essa é a transformação da biopolítica em necropolítica. Passa-se a objetivar a morte em grande escala e não mais a produção da vida, mesmo que adequada à forma social (MBEMBE, 2016).

Nesse momento, o “trabalho morto”, descrito por Marx, na produção econômica se une ao “trabalho de morte” da política. As mudanças no capitalismo levaram à formação de uma massa excedente e uma busca pela eliminação e controle social, por meio da necropolítica, um novo modo de eliminar os “inúteis” para o capital (MBEMBE, 2016).

Ademais, o capitalismo, um sistema econômico que deseja o lucro e a acumulação das riquezas, destruiu vários povos, dentre os quais, os africanos, reconhecidamente inferiorizados e discriminados. Por muito tempo tratados como mercadoria, tornaram-se os alvos mais “fáceis” de serem controlados e eliminados (CARDOSO, 2018).

Além disso, o movimento de inclusão de negros e indígenas durante o desenvolvimento capitalista aconteceu enquanto eles eram imprescindíveis para sua mundialização e desenvolvimento. À proporção que a força de trabalho foi se tornando desnecessária, essa parte da população tornou-se obsoleta, vindo a formar a maior parte dos desempregados, um problema estrutural do capitalismo. Ficando evidente que o genocídio de negros e indígenas está no âmago do capitalismo atual (CARDOSO, 2018).

Assim, a ideia de que o capitalismo os incluiria não se concretizou, pelo contrário, no dias atuais, com a crise do capital, a

exclusão se mostrou cada vez mais presente e convergente com as novas formas de produção (HILÁRIO, 2016).

## **O Biopatriarcalismo e a morte das mulheres negras, indígenas e pobres como expressão da necropolítica de gênero**

A necropolítica tem atacado as mulheres nos estados coloniais modernos, que se consolida por meio de associações entre capitalismo, patriarcado, racismo e colonialismo. Esse poder biopatriarcal determina uma hierarquia de gênero, classe, raça e etnia que estabelece o poder dos homens sobre as mulheres e os outros sujeitos que não se enquadram no padrão normativo (WERMUTH; NIELSSON, 2018).

O arranjo formado pelo capitalismo, patriarcado e racismo se organiza por meio de um mecanismo que pretende gerar vidas no sentido de “fazer viver” e simultaneamente fazem morrer, de tal modo que:

A promoção das forças da vida se revela como nada mais que o resultado de uma nova preocupação pela acumulação e pela reprodução da força de trabalho [...] e a promoção do crescimento populacional por parte do Estado pode andar de mãos dadas com uma destruição massiva de vidas (FEDERICI, 2019, p. 27).

Ainda segundo Federici (2019),

(...) efetivamente, num sistema em que a vida está subordinada à produção de lucro, a acumulação de força de trabalho só pode ser alcançada com o máximo de violência para que [...] a própria violência se transforme na força mais produtiva. (FEDERICI, 2019, p. 30)

No que diz respeito à necropolítica de gênero, é importante mencionar que ela não atinge todas as mulheres da mesma forma, pois atua de maneiras diferentes a depender das classes, raças, etnias e idades.

Sendo assim, para entender de maneira completa a necropolítica de gênero, torna-se imprescindível acrescentar os fatores da interseccionalidade, levando em consideração os diferentes tipos de opressões causadas pelo biopatriarcalismo (CRENSHAW, 2002).

Por isso a importância de entender o fator interseccional, que conforme Kimberlé Crenshaw (2002), procura explicar as consequências da interação entre dois ou mais eixos de opressão e subordinação, que incidem sobre as mulheres ao longo dos séculos (PEREIRA; FONSECA, 2016).

De acordo com Crenshaw (2002),

Interseccionalidade, trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras (CRENSHAW, 2002, p. 117).

No entanto, embora Kimberlé Crenshaw tenha consolidado o termo “interseccionalidade”, outras intelectuais na América Latina já produziam, na década anterior, estudos relacionados ao tema, haja vista o crescimento das demandas provenientes dos movimentos sociais e de feministas negras em relação à interação entre gênero, raça e classe (CERQUEIRA, 2018).

A autora, professora, militante, filósofa e antropóloga brasileira Lélia Gonzalez já produzia trabalhos relacionados ao contexto social da América Latina. González identifica os resultados da intersecção entre gênero, raça e classe, e explica que

(...)este sistema transforma as diferenças em desigualdades, a discriminação que elas sofrem assume um caráter triplo; dada sua posição de classe, ameríndias e amefricanas fazem parte, na sua grande maioria, do proletariado afrolatinoamericano (GONZALEZ, 2020, p. 17).

Assim, as negras e indígenas vivenciam caminhos em que classe, raça e gênero são considerados negativamente no momento da

determinação de suas localizações sociais, inserindo essas mulheres no contexto de maior vulnerabilidade (CERQUEIRA, 2018).

É neste contexto que se encaixa a morte sistemática dessas mulheres como expressão do feminicídio e da necropolítica de gênero, ou seja, como o biopratriarcalismo afeta essa parte da população. Pois o grupo das desvantagens colocam as mulheres brancas do lado do poder e violência que tem, no polo oposto, os modos mais cruéis de precarização acometendo-as (WERNECK, 2010).

### **A necropolítica de gênero na América Latina e as manifestações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

A partir da Segunda Guerra Mundial, o Direito Internacional estabilizou-se terminantemente, quando foi necessário criar formas que assegurassem a garantia dos direitos humanos (VARGAS; KRAWCZAK, 2019).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) é o documento mais importante da América Latina, ela foi criada pelo Pacto de São José da Costa Rica e assinada em 1969. Em seu art. 4º, ela trata do direito à vida e afirma que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”.

Ademais, no art. 6º, falando da “Proibição da Escravidão e da Servidão”, afirma que “Ninguém pode ser submetido à escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as formas”, o que demonstra que na época da sua promulgação ainda existia tráfico de escravos e de mulheres.

A CADH criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CoIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ambas no campo de ação da Organização dos Estados Americanos (OEA) (VARGAS; KRAWCZAK, 2019).

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), que entrou em vigor com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, transformando-se no documento pioneiro no que diz respeito ao seu caráter internacional e geral, é composto pela Corte e pela Comissão, que buscam a proteção dos direitos humanos nas Américas (OLIVEIRA; TESHIMA, 2020).

Assim, a CIDH é uma organização não governamental que pretende, através de uma cooperação recíproca, encontrar o equilíbrio, a harmonia e paz nos Estados, assegurando, através das denúncias, o direito dos indivíduos (OLIVEIRA; TESHIMA, 2020).

Mas tratando especificamente da questão da mulher, ao longo dos anos várias convenções foram criadas para garantir seus direitos. A pioneira foi a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAM), ratificada em 1979, começou a vigorar em 1981. Essa Convenção foi a primeira que tratou dos direitos fundamentais das mulheres e trouxe a igualdade de gênero (MONTEBELLO, 2000).

No ano de 1994, em Belém do Pará, foi criada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, mais conhecida como “Convenção de Belém do Pará”. Ela estabeleceu como violência contra o sexo feminino “qualquer ato ou conduta baseada nas diferenças de gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na esfera privada” (CONVENÇÃO INTERAMERICANA

## PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, 1994, s.p.).

A convenção tem como fundamento acabar com a discriminação e garantir a promoção da igualdade de gênero em todos os ramos da vida, seja social, cultural, econômica ou política. Ademais, os Estados partes devem respeitar e garantir o cumprimento dos mecanismos de proteção interamericanos (VARGAS; KRAWCZAK, 2019).

Assim, nos artigos 7 e 8 estão dispostos os compromissos e deveros dos Estados signatários:

Artigo 7 Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e scan demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar porque as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;

b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo

acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;

h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

Artigo 8 Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a:

a) promover o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos;

b) modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher;

e) promover a educação e treinamento de todo pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado da implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher;

d) prestar serviços especializados apropriados a mulher sujeitada a violência, por intermédio de entidades dos setores público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação familiar, quando for o caso, e atendimento e custódia dos menores afetados;

e) promover e apoiar programas de educação governamentais e privados, destinados a conscientizar o público para os problemas da violência contra a mulher, recursos jurídicos e reparação relacionados com essa violência;

f) proporcionar à mulher sujeita a violência acesso a programas eficazes de recuperação e treinamento que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social;

g) incentivar os meios de comunicação a que formulem diretrizes adequadas, de divulgação que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e enalteilam o respeito pela dignidade da mulher;

h) assegurar a pesquisa e coleta de estatísticas e outras informações relevantes concernentes às causas, conseqüências e frequência da violência contra a mulher, a fim de avaliar a

eficiência das medidas tomadas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como formular e implementar as mudanças necessárias; e

i) promover a cooperação internacional para o intercâmbio de idéias e experiências, bem como a execução de programas destinados à proteção da mulher sujeitada a violência.

Esses artigos mostram a intenção da Convenção em enfrentar a violência contra a mulher por meio de medidas de prevenção, de punição e de erradicação, deixando clara a responsabilidade dos Estados frente aos atos. Os Estados se comprometeram a adotar tanto medidas jurídicas, como legislativas e administrativas. Além disso, o documento apresenta uma definição ampla de violência contra mulher e traz alguns direitos para elas (LOPES; JUCÁ; COSTA, 2013).

Assim, disciplinam os artigos 1, 2, 3 e 4 da Convenção de Belém do Pará:

Artigo 1 Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

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

a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e

c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Artigo 3 Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 4 Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros:

- a) direito a que se respeite sua vida;
- b) direitos a que se respeite sua integridade física, mental e moral;
- c) direito à liberdade e à segurança pessoais;
- d) direito a não ser submetida a tortura;
- e) direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família;
- f) direito a igual proteção perante a lei e da lei;
- g) direito a recesso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos;
- h) direito de livre associação;
- i) direito à liberdade de professar a própria religião e as próprias crenças, de acordo com a lei; e
- j) direito a ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões.

Apesar da proteção constar em textos constitucionais e algumas legislações internacionais, as mulheres, principalmente as negras e indígenas, continuam tendo seus direitos diariamente desconsiderados. Ademais, na maioria dessas violações inexistem atuação dos Estados no sentido de protegê-las, o que faz com que essas mulheres precisem recorrer à Corte Interamericana para buscar uma solução a estas violações (VARGAS; KRAWCZAK, 2019).

Neste contexto, resta evidente que a jurisprudência do Tribunal é muito importante para entender as questões de direitos humanos na América Latina. É, sem dúvida, uma questão de preocupação que, em dezoito anos de decisões sobre petições individuais, há apenas seis casos que se podem dizer que se referem de forma significativa às mulheres e que quatro dessas decisões não conseguiram identificar e

tratar de forma adequada as questões de gênero que apareceram nos casos (ZULOAGA, 2007).

O SIDH analisou vários casos de morte de mulheres. Na jurisprudência sobressaíram-se, dentre outros, o caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México; o caso Penal Miguel Castro Castro vs Peru; Veliz Franco y Otros vs. Guatemala e Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil.

O caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Peru foi pioneiro no que diz respeito à análise pela Corte IDH com o olhar da violência de gênero e da utilização da Convenção de Belém do Pará. O juiz Garcia Ramirez destacou em seu voto, que a Corte IDH ainda não tinha recebido questionamentos em que a vítima principal fosse a mulher.

Em maio de 1992, o exército do governo peruano atacou o pavilhão feminino da prisão Castro Castro, localizado à leste de Lima. O prédio abrigava detentas femininas, algumas das quais estavam aguardando julgamento, pois tinham sido acusadas de ofensas sob as leis antiterroristas do Estado. Embora o governo tenha negado em declarações iniciais, armas de guerra foram utilizadas no ataque. O ataque durou quatro dias e mesmo as mulheres que tentaram se entregar, foram mortas, alguns homens também morreram. No total, 41 presidiários foram assassinados e 185 ficaram feridos. Nos dias posteriores ao ocorrido, as sobreviventes foram mantidas em condições desumanas onde, entre outras coisas, a nudez forçada foi a regra. Além disso, elas queixaram-se de violência sexual e estupro (ZULOAGA, 2007).

Em sua decisão, o Tribunal fez alguns avanços notáveis no tocante à jurisprudência anterior sobre os direitos das mulheres ou à ausência total de tal. Em primeiro lugar, constatou-se que a nudez forçada desrespeitou a dignidade pessoal das vítimas, especialmente

no caso das mulheres. Em segundo lugar, ao verificar as alegações de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante, o Tribunal evidenciou que, ao analisar a gravidade dos atos cometidos, o gênero era um fator a ser levado em consideração. Principalmente, ao lidar com a alegação de que uma das vítimas tinha sido submetida a uma “inspeção vaginal com os dedos”, realizada por várias pessoas ao mesmo tempo, de uma forma muito brusca, com a justificativa de examiná-la, o Tribunal referiu-se mais uma vez ao direito Penal Internacional, para considerar essa atitude como “violação sexual”. No momento de quantificar a reparação, o Tribunal determinou valores maiores para as vítimas de violência sexual e impôs ao Estado que oferecesse a elas assistência médica e psicológica (ZULOAGA, 2007).

Essa decisão traz uma importante discussão acerca da questão de gênero e da responsabilidade estatal nos crimes contra mulheres. Ao negar justiça às vítimas, o Estado se torna responsável pela violação que elas sofreram. Afinal, como garante a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher em seu artigo 7 (b), é dever do estado “agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher”.

Por seu turno, também aplicando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, o caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México destacou-se como o primeiro julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em que se considerou a violência de gênero como uma violação estrutural dos direitos humanos das mulheres (BRAZ; TOMISHIMA, 2019).

O caso supramencionado determinou a obrigação internacional do México pela morte e desaparecimento de três mulheres, cujos corpos foram encontrados em uma plantação de algodão na Ciudad Juárez no ano de 2001 (CorIDH, 2009).

As jovens vítimas eram Esmeralda Herrera Monreal, Laura Berenice Ramos Monárrez e Claudia Ivette Gonzáles, com 15, 17 e 20 anos respectivamente. Os assassinatos foram enquadrados em um padrão de jovens mulheres, trabalhadoras e estudantes que teve início em 1990 (CorIDH, 2009).

Além de ser precursor no exame da questão da violência estrutural de gênero, o caso González e outras vs. México foi também introdutório ao assumir o feminicídio como crime, além de abordar de forma mais precisa as violações da Convenção de Belém do Pará no Tribunal. Foi a partir desse caso que a categoria “feminicídio” se tornou relevante, muito influenciado por estudos desenvolvidos por feministas (NIELSSON, 2020).

Assim, no caso Penal Miguel Castro Castro vs Peru, a Corte Interamericana de Direitos Humanos confirmou a violência de gênero e no “Campo Algodoeiro” analisou-se essa forma de violência como estrutural. O SIDH nas suas manifestações vem responsabilizando internacionalmente os Estados pela morte das mulheres que são causadas por questões de desigualdade de gênero.

O caso Veliz Franco y outros vs. Guatemala, por seu turno, concluiu com a responsabilidade internacional do Estado pela ausência de solução eficaz para denúncia apresentada em 2001 por Rosa Elvira Franco Sandoval sobre o desaparecimento de sua filha María Isabel Veliz Franco, que na época tinha 15 anos de idade. Em 2006 o caso foi admitido e a Comissão fez diversas recomendações ao Estado, como o pedido de conclusão das investigações e reparações aos familiares. Porém, o Estado não cumpriu as recomendações e o fato passou para a jurisdição da Corte em 2012, com a recomendação da denúncia pela violação aos artigos 4, 5, 19 e 24 da Convenção Americana, bem como ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará (CorIDH, 2014).

No final a Corte determinou que o Estado violou o direito de proteção à María Isabel Veliz Franco, tendo em vista que tinha a obrigação de levar em consideração a existência de um risco para ela principalmente em uma realidade de altos índices de assassinato e de violências contra mulheres na Guatemala (NIELSSON, 2020).

No que tange ao caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, Maria da Penha Maia Fernandes morava no Ceará, foi casada por mais de 20 anos com seu agressor, Marco Antonio Heredia Viveiros, um colombiano naturalizado brasileiro. Durante o período do casamento, Maria sofreu várias agressões físicas, psicológicas e morais. No ano de 1983, quando tinha 38 anos de idade, ela levou um tiro nas costas de Marco, enquanto dormia. Esse tiro acabou deixando-a paraplégica. Viveiros alegou que ladrões haviam invadido a residência deles, negando a tentativa de homicídio. Depois de ficar quatro meses internada no hospital, Maria Fernandes voltou para a casa onde morava e passou de novo por um atentado. Seu então marido tentou eletrocutá-la na banheira. Depois do episódio, conseguiu autorização judicial para se mudar com suas filhas e denunciou os mais de 20 anos de agressões e abusos (VARGAS; KRAWCZAK, 2019).

Em 1996, Marcos Viveiros passou pelo seu segundo júri, o primeiro foi anulado, quando foi condenado a dez anos e seis meses de prisão. Seus advogados impetaram recurso e depois de 15 anos das duas tentativas de homicídio, ele continuava em liberdade (VARGAS; KRAWCZAK, 2019).

Em 1998, Maria da Penha apresentou uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher, fundamentada na competência que lhe concedem os artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 12 da Convenção Belém do Pará (ZULOAGA, 2007).

A Comissão, ao verificar o caso, certificou a impunidade, haja vista sua falta de julgamento e posterior condenação, a inércia da justiça brasileira e a decorrente aceitação por parte do Estado dos grandes índices de violência de gênero. Conforme a Comissão, essa condescendência não esteve presente unicamente neste caso, existe uma pauta sistemática que não faz senão eternizar as bases e fatores sociais, históricos e psicológicos que conservam e nutrem a violência contra a mulher (CIDH, 2001).

Por fim, recomendou ao Brasil concluir o processo penal, retomar a investigação de forma imparcial, reparar a vítima, continuar e intensificar o processo de reforma que evitaria a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no país (CIDH, 2001).

Esse caso deu origem a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) que “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Atualmente ela tem sua abrangência ampliada e visa proteger todos aqueles que vivem na mesma casa ou que mantêm relações de afeto. Para os sujeitos passivos da agressão, a lei assegura a proteção de cinco tipos de violência: física, sexual, patrimonial psicológica e moral (VARGAS; KRAWCZAK, 2019).

Seguem trechos importantes que tratam da proteção e das formas de violência apresentadas pela lei supramencionada:

## TÍTULO I

### DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

[...]

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades

para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

## TÍTULO II

### DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

#### CAPÍTULO I

##### DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

## CAPÍTULO II

### DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Esse caso é importante para trazer à tona a questão do feminicídio e demonstrar que mais uma vez a Comissão condenou o Estado por omissão, visto que o ele é responsável pela tutela jurisdicional. Importante mencionar que “as obrigações gerais

de prevenir, investigar e punir foram definidas pela Corte como obrigações de meio, e não de resultado” (COSTA; BERNARDES, 2015, p. 194). Dessa forma, o Estado deve agir para impedir os crimes e não apenas puni-los.

A partir da análise das manifestações do SIDH (CIDH e CorIDH) em casos que envolvem feminicídio verifica-se a configuração do fenômeno denominado necropolítica de gênero no contexto latino, ou seja, a criação sistemática da morte de mulheres em razão de gênero, associadas a outras características como raça e classe social, cometida por, ou com a anuência dos próprios Estados e suas razões soberanas biopatriarcalistas, patriarcais, neoliberais, racistas e neocoloniais (NIELSSON, 2020).

Dessa forma, as causas que envolvem as mortes dessas mulheres não se encontram em suas características individuais, expressam na realidade crimes de poder, pois reapresentam uma lógica de subordinação à um poder biopatriarcalista. Visto nestes modos, o conceito de feminicídio ajuda a compreender o caráter social e disseminado da violência contra as mulheres, e no desmonte dos argumentos de que tais violências são questões pessoais e privadas. Longe disso, são crimes marcados por um caráter demasiadamente necropolítico consequência de relações estruturais de poder nas quais o assassinato de corpos femininos são reflexo do sistema social (NIELSSON, 2020).

Assim, a necropolítica de gênero estabelece um cenário político de produção constante de irrelevância das mulheres, por meio de várias normas sociais que legitimam nos homens a ideia de possuí-las. Tais normas refletem os altos graus de tolerância diante das diversas formas de violência contra o corpo feminino, em especial contra as mais vulneráveis em função da sua raça, classe, idade dentre outras questões (CARDOSO, 2018).

Fica evidente que a responsabilidade estatal e a pouca atuação das instituições públicas são muito ressaltadas e punidas pela SIDH. No caso brasileiro, o Sistema refere-se à “tolerância social que perdura diante dessa forma de violência, bem como a impunidade que continua caracterizando esses graves casos” (CIDH, 2019).

Ademais, ainda no que diz respeito ao Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2019, no seu informe, alertou para o crescente perigo enfrentado por

mulheres em situação de particular vulnerabilidade por conta de sua origem étnico-racial, sua orientação sexual, sua identidade de gênero -real ou percebida -, em situação de mobilidade humana, aquelas que vivem em situação de pobreza, as mulheres na política, periodistas e mulheres defensoras dos direitos humanos”. E destacou “a existência de interseções entre violência, racismo e machismo, refletidas no aumento generalizado de homicídios de mulheres negras (CIDH, 2019).

Frente à análises dos casos, destacam-se duas características centrais para a necropolítica de gênero: a interseccionalidade no estabelecimento de critérios de valorização e relevância de vidas femininas; e a dimensão política do feminicídio, isto é, a atuação do Estado na sua perpetuação, dentre outros motivos, por meio da impunidade (NIELSSON, 2020).

Diante desse contexto, o feminicídio passa a desempenhar um papel importante na necropolítica em sociedades baseadas na desigualdade. E o biopatriarcalismo também gera nessas sociedades um poder capaz de determinar qual vida é digna de ser vivida, e qual não, o que, no contexto latino, coloca as mulheres negras, indígenas e pobres em posição de maior desvantagem (NIELSSON, 2020).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo analisou a necropolítica de gênero na América Latina a partir do Sistema Interamericano de direitos Humanos.

Com isso, ficou evidente que o feminicídio faz parte de um complexo controle político e social que existe na vida das mulheres, em especial as mais vulneráveis, como as negras, indígenas e pobres.

Assim, o poder biopatriarcal determina uma hierarquia de classe, gênero, raça e etnia, e os corpos mortos e violentados das mulheres são um reflexo da necropolítica de gênero.

Dessa forma, com o aumento da proteção aos direitos das mulheres, em virtude de instrumentos internacionais, passa-se a impor de forma mais concreta a responsabilidade estatal, exatamente por se tratar de crimes que são expressão da desigualdade de gênero e da interseccionalidade que incidam sobre mulheres negras, indígenas e pobres.

Enfim, é de suma importância que o SIDH aborde as questões relacionadas à violência de gênero, pois os dados atuais referentes ao grande índice de feminicídio nos países da América Latina e os pronunciamentos do sistema supramencionado são indicadores da configuração de uma necropolítica de gênero como forma estruturadora das relações de poder dos países latino-americanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKOTIRENE, Carla. Interseccionalidade. São Paulo, Sp: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. Alves, Branca Moreira; Pitanguy, Jacqueline. **O Que É Feminismo**. 1.Ed Ebook. São Paulo: Editora Brasiliense, 2017.

BERNARDES, Marcia Nina; COSTA, Rodrigo De Souza. **Os Parâmetros Internacionais De Prevenção Da Violência Doméstica Contra Mulheres: Uma Comparação Com Os Instrumentos Previstos Na Lei Maria Da Penha**. Minas Gerais: Revista De Direitos Humanos Em Perspectiva, 2015. Disponível Em: <File:///C:/Users/Kakau/Downloads/841-1679-2-Pb.Pdf>. Acesso Em 25 Nov. 2021.

BRAZ, J. P. G.; TOMISHIMA, G. DE O. **A Violência De Gênero Sob A Ótica Da Jurisprudência Do Sistema Interamericano De Direitos Humanos**. P. 82-99, 2019.

BRITO FILHO, C. M. **Violência De Gênero - Feminicídio**. Cadernos De Direito, Piracicaba, V. 17, N. 32, P. 179-195, 2017.

CARDOSO, F. **Racismo E Necropolítica: A Lógica Do Genocídio De Negros E Negras No Brasil Contemporâneo**. Revista De Políticas Públicas, V. 22, P. 949-968, 2018.

CERQUEIRA, I. B. F. **Entre Conceitos E Legislações: Análises E Reflexões Sobre Feminicídio, Mulheres Negras E Violação De Direitos Humanos**. Universidade Federal De Goiás, 2018.

CIDH - Comissão Interamericana De Direitos Humanos. Comunicado De Imprensa 24/2019. Disponível Em: <https://www.oas.org/Pt/Cidh/Prensa/Notas/2019/024.Asp>. Acesso Em: 25 Nov. 2021.

CIDH. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: RELATÓRIO 54/01, CASO 12.051. MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES V. BRASIL, 2001. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.CIDH.OAS.ORG/ANNUALREP/2000PORT/12051.HTM](https://www.cidh.oas.org/ANNUALREP/2000PORT/12051.HTM). ACESSO EM: 29 NOV. 2021.

COLLING, T. **A Trajetória De Mulheres Negras No Contexto De Trabalho: Um Olhar A Partir Da Teoria Interseccional**. Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul, 2019.

Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir E Erradicar A Violência Contra A Mulher, 94. Disponível Em [Http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto/1996/D1973.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1996/D1973.Htm). Acesso Em 01 Dez. 2021.

CORIDH. Corte Interamericana De Direitos Humanos. Caso González Y Otras ("Campo Algodonero") Vs. México. 2009. Disponível Em: [Http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_205\\_Esp.Pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_205_Esp.Pdf). Acesso Em: 27 Nov. 2021.

CORIDH. Corte Interamericana De Direitos Humanos. Caso Veliz Franco Y Otros Vs. Guatemala.2014. Disponível Em: [Http://Www.Corteidh.Or.Cr/Docs/Casos/Articulos/Seriec\\_277\\_Esp.Pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_277_Esp.Pdf). Acesso Em: 19 Nov. 2021.

CRUZ, Y. S. DA; NETO, V. N. DE J. **Os Aspectos Sociais E Jurídicos Do Femicídio De Mulheres Negras**. Revista A Fortiori Fortiori, V. 1, N. 1, P. 91-104, 2021.

DO NASCIMENTO, E. C.; CABRAL, F. P.; CERQUEIRA, L. S. **A Interseccionalidade De Raça E Gênero No Acesso Ao Mercado De Trabalho: Uma Breve Análise Dos Dados Do Ibge**. Revista Diversidade E Educação, V. 7, N. Especial, P. 68-83, 2019.

FERNANDES, D. de A. **O Gênero Negro: Apontamentos Sobre Gênero, Feminismo E Negritude**. Revista Estudos Feministas, V. 24, N. 3, P. 691-713, 2016.

FERREIRA, C. A. A.; NUNES, S. C. **Mulheres Negras No Mercado De Trabalho: Interseccionalidade Entre Gênero, Raça E Classe Social**. Xliii Encontro Da Anpad - Enanpad. Anais...São Paulo: 2019disponível Em: <[Http://Www.Anpad.Org.Br/Abrire\\_Pdf.Php?E=Mjy4nzu](http://www.anpad.org.br/abrir_pdf.php?E=Mjy4nzu)> Acesso Em: 04 Dez. 2021

GONZALEZ, L. **Por Um Feminismo Afro-Latino-Americano**. 1. Ed. Rio De Janeiro. Editora: Zahar, 2020.

HILÁRIO, L. C. **Da Biopolítica À Necropolítica: Variações Foucaultianas Na Periferia Do Capitalismo**. Sapere Aude, V. 7, N. 12, P. 1-17, 2016.

LOPES, A. M. D.; JUCÁ, R. L. C.; COSTA, A. DA S. **Gênero E Tráfico De Mulheres**. 1. Ed. Florianópolis.

MBEMBE, A. **Necropolítica**. Arte E Ensaios, N. 32, P. 01-30, 2016.

MIRANDA, I. **Invisibilização Do Feminino Negro E Colonialidade Do Poder Punitivo Nos Casos Dos Mortos De Pedrinhas** (São Luís/Ma). In: Tirant Lo Blanch (Ed.). . "Outsider Within" Reflexões Feministas No Direito Criminal. 1. Ed. São Paulo: [S.N.]. P. 63-84.

NIELSSON, J. G. **A Necropolítica De Gênero, O Femicídio E A Morte Sistemática De Mulheres Na América Latina: Uma Análise A Partir Do Sistema Interamericano De Direitos Humanos**. Culturas Jurídicas, P. 144-169, 2020.

OLIVEIRA, B. F.; TESHIMA, M. **O Surgimento Do Sistema Europeu E Do Sistema Interamericano De Direitos Humanos**. Ii Pró-Ensino: Mostra Anual De Atividades De Ensino Da Uel, P. 5-24, 2020.

PAULA, D. O. DE. **Direitos Humanos E Interseccionalidade: Uma Análise Sobre A Política De Gêneros Da Onu Mulheres Brasil**. [S.L.] Centro Federal De Educação Tecnológica Celso Suckow Da Fonseca, 2019.

PEREIRA, E. M.; FONSECA, D. J. **Interseccionalidade Das Desigualdades De Gênero E De Raça Nos Cargos De Elite**. Revista Interfaces Científicas Direito, V. 5, N. 1, P. 27-38, Out. 2016.

RIBEIRO, D. **Quem Tem Medo Do Feminismo Negro?** 1. Ed. São Paulo. Editora: Companhia Das Letras, 2018.

SEIXAS, R. L. DA R. **Da Biopolítica A Necropolítica E A Racionalidade Neoliberal No Contexto Do Covid-19**. Voluntas: Revista Internacional De Filosofia, V. 11, P. 1-11, 2020.

SOUZA, S. M. J. DE. **O Femicídio E A Legislação Brasileira**. Revista Katálysis, V. 21, N. 3, P. 534-543, 2018.

SOUZA, T. M. **O Femicídio E A Violência De Gênero**. Monografia. Faculdade Vale Do Cricaré. Direito. São Paulo. 2020.

VARGAS, A. L.; KRAWCZAK, K. W. **A Violação Dos Direitos Da Mulher Na Corte Interamericana De Direitos Humanos: Uma Análise De Casos.** Vi Seminário Internacional De Direitos Humanos E Democracia. Anais.2019

ZULOAGA, P. P. **O Caminho Para A Justiça De Gênero Na Corte Interamericana De Direitos Humanos.** Texas Journal Of Women And The Law, V. 17, P. 1-97, 2007.

WERNECK, Jurema. **Nossos Passos Vêm De Longe! Movimentos De Mulheres Negras E Estratégias Políticas Contra O Sexismo E O Racismo.** Revista Da Abpn, Rio De Janeiro, V. 1, N. 1, P. 8-17, 2010.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. **Ultraliberalismo, Evangelicalismo Político E Misoginia: A Força Triunfante Do Patriarcalismo Na Sociedade Brasileira Pós-Impeachment.** Revista Eletrônica Do Curso De Direito Da Ufsm, Santa Maria, V. 13, N. 2, P. 455-488, Ago. 2018. Disponível Em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/27291/pdf>. Acesso Em: 10 Nov. 2021.

# **CAPÍTULO 5**

---

## **TRABALHO PRECÁRIO DAS MULHERES. CASO FÁBRICA DE FOGOS SANTO ANTÔNIO DE JESUS**

Carla Elisângela Ferreira Alves Teixeira<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. Integra o corpo de alunos da Linha de Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica. Advogada Trabalhista.

**R**esumo: O Brasil foi denunciado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em decorrência da explosão da fábrica de fogos na cidade de Santo Antônio de Jesus, no Recôncavo Baiano, a qual ceifou a vida de 60 pessoas, das quais 59 eram mulheres, dentre elas 19 crianças do sexo feminino. A maioria das vítimas era composta por mulheres negras, em situação de vulnerabilidade econômica e social. A sentença internacional condenatória evidenciou descumprimento pelo Brasil de normas nacionais e internacionais de direitos humanos. Através desse texto, da pesquisa bibliográfica realizada e do estudo do precedente firmado na Corte almeja-se evidenciar que o trabalho precário aqui no Brasil atinge as mulheres de maneira desproporcional em relação aos homens. Esta análise perpassa a divisão sexual do trabalho, com os recortes raciais, de gênero e classe social, bem como pela denúncia de exploração dessas desigualdades para manutenção do capital.

**Palavras-chave:** Trabalho precário, mulheres afrodescendentes, direito do trabalho.

**Abstract:** *Brazil was denounced at the Inter-American Court of Human Rights, due to the explosion of a fireworks factory in the city of Santo Antônio de Jesus, in the Recôncavo Baiano, which claimed the lives of 60 people, of which 59 were women, among them 19 female children. Most of the victims were black women, in a situation of economic and social vulnerability. The international Court found Brazil's non-compliant with national and international human rights standards. Through this text, the bibliographical research carried out and the study of the precedent established in the Court, it is intended to show that precarious work here in Brazil affects women disproportionately in relation to men. This analysis pervades the sexual division of labor, with racial, gender and social class cuts, as well as the denunciation of exploitation of these inequalities to maintain capital.*

**Keywords:** *Precarious work, Afro-descendant women, labor law*

## INTRODUÇÃO

O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CIDH, 1969, *on line*), a qual determina em seu Artigo 1.1 que: “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

No Artigo 2º do mesmo instrumento normativo consta o dever dos Estados de adotarem disposições de direito interno quando o exercício dos direitos e liberdades previstos no artigo primeiro não estiverem garantidos por disposições legislativas ou de outra natureza. O Art. 24 assegura que todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

O Brasil ratificou essa Convenção e está comprometido com todos os seus termos. Além do dever de não praticar qualquer ato de discriminação contra a mulher, o Estado brasileiro deve adotar medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para eliminar a discriminação praticada por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

Seguindo esta linha de combate à discriminação de gênero, a CF/88 no art. 3º afirma que um dos objetivos fundamentais da República é a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. No artigo 5º, inciso I, estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Os tratados internacionais vinculam o Brasil não só perante as Cortes internacionais, mas também o vinculam internamente, ao passo que podem ser aplicados e executados pelo Poder Judiciário, até mesmo quando os instrumentos normativos nacionais forem incompatíveis com os postulados externos. O Estado brasileiro é signatário de vários acordos internacionais que versam sobre os direitos humanos das mulheres, inclusive, daqueles que determinam a eliminação de todas as formas de discriminação e violência de gênero.

Em 11 de Dezembro de 1998 ocorreu uma explosão na fábrica de fogos de artifícios localizada no município de Santo Antônio de Jesus, região do Recôncavo Baiano, que fica a 187km de Salvador. Neste acidente morreram 60 pessoas e 6 sobreviveram. Entre as pessoas que perderam a vida 59 eram mulheres afrodescendentes – 19 delas eram crianças e 4 mulheres estavam grávidas. Entre os sobreviventes 3 mulheres adultas, 2 meninos e 1 menina. Nota-se que a maioria das vítimas era composta por mulheres negras. (MAZZUOLI, 2020).

Em que pese a adesão do Brasil a diversas normas internacionais, em matéria de proteção social do trabalho, e vedação de todas as formas de discriminação; em decorrência desse acidente, o Estado brasileiro foi denunciado e condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal ocorreu por falta com o dever de responder de modo eficaz contra os crimes ocorridos em seu território, e pelo descumprimento de obrigações positivas em relação às normas internacionais de direitos humanos, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

O presente artigo objetiva, portanto, analisar a sentença do caso Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus sob o ponto de vista das violações aos direitos das mulheres, protegidos pela Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e pelos Tratados Internacionais. Busca também, encontrar respostas para

o fato de a maioria das vítimas serem mulheres afrodescendentes, fomentar o debate sobre a divisão sexual do trabalho, com os recortes de discriminação por raça e classe; e, ainda, investigar à luz da doutrina feminista como esses fatores contribuem para a precarização do trabalho feminino, a ponto de causar violações legais a exemplo das experimentadas pelas vítimas do caso analisado.

Ao longo do texto será evidenciado que as interseções dos fatores de gênero, raça e classe social contribuíram para a predominância de mulheres entre as vítimas da Fábrica de Fogos de Artificio de Santo Antônio de Jesus. Do mesmo modo, também será analisado como o capital se apropria dessas desigualdades para explorar com maior intensidade as mulheres pobres, sobretudo as afrodescendentes.

## **Proteção internacional e nacional aos direitos das mulheres**

A Constituição Federal de 1988 regulamenta a forma de incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, ao dispor que compete à União, na qualidade de representante da República Federativa do Brasil, manter relações com os Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais.

Não há na Constituição do Brasil dispositivo que trate expressamente da posição hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, o Art. 102, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal, determina que o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar, mediante recurso extraordinário, “as causas decididas em única e última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

O parágrafo 2º do Art. 5º Constitucional determina que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Por ocasião da Emenda Constitucional nº 45 foi acrescentado o parágrafo 3º ao referido artigo, determinando o seguinte: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Por outro lado, o reconhecimento da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu em 3 de dezembro de 2008, no julgamento do *habeas corpus* 87.585 e dos Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343-1<sup>1</sup>.

Com essa decisão, houve uma modificação do posicionamento do STF acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, que antes estavam equiparados às normas federais, e passaram então a ter o status de norma supralegal ou constitucional.

Segundo o Jurista Melo Filho (2020, p. 105), em seu artigo que versa sobre controle de constitucionalidade e convencionalidade, essa mudança de paradigmas do Estado, do direito e de Justiça determina a modificação da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico interno de cada país: a estrutura piramidal de Kelsen, no qual a Constituição é o único fundamento de validade das normas jurídicas inferiores componentes da base da pirâmide, cede passo a uma estrutura hierárquica trapezoidal em cujos ângulos superiores do trapézio situam-se, de um lado, a Constituição Federal e, de outro, os Tratados de Direitos Humanos.

1 Prevaleceu, na ocasião, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que: “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.” (STF, 2008, RE 466.343, *on line*)

Embora pouco suscitados pelos profissionais do direito, os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos passaram a ser, ao lado da Constituição Federal do Brasil, fundamentos de validade para as normas jurídicas internas, que o mencionado jurista aponta para o exame em paralelo dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade de normas jurídicas internas, os quais se identificam tanto com relação às espécies quanto no que concerne ao modo de exercê-los.

Os tratados internacionais vinculam o Brasil não só perante as Cortes internacionais, mas também o vinculam internamente, ao passo que podem ser aplicados e executados pelo Poder Judiciário, até mesmo quando os instrumentos normativos nacionais forem incompatíveis com os postulados externos.

O Brasil é signatário de vários acordos internacionais que versam sobre os direitos humanos das mulheres, inclusive, daqueles que determinam a eliminação de todas as formas de discriminação e violência de gênero.

Segundo o portal da Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha (COMPROMISSO E ATITUDE, 2012, *on line*), entre os aludidos Tratados Internacionais que o Governo do Brasil aderiu estão:

- i) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência a Mulher (Convenção Belém do Pará, 1994);
- ii) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979) - promulgada pelo Decreto nº 89.460, de 20/03/1984;
- iii) Observações e recomendação do Comitê CEDAW sobre o Relatório do Brasil (fevereiro 2012);
- iv) Recomendación General nº 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1992);

- v) Relatório: Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas (CIDH/OEA, 2007);
- vi) Declaração Universal dos Direitos Humanos (adotada e proclamada pela Resolução A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948);
- vii) Declaração e Plataforma de Ação da 4ª. Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, 1995);
- viii) Protocolo de Palermo (relativo ao tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças) - promulgado pelo Decreto nº 5.017, de 12/03/2004;
- ix) Convenção de Haia - Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Haia, 29/05/1993) - promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21/06/1999; Pacto de São José da Costa Rica (ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos) - promulgada pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992.

Por outro lado, em relação ao Direito do Trabalho das Mulheres, o portal da ABRAT (Associação Brasileira de Advogados Trabalhista (ABRAT, 2013, *on line*) aponta que a OIT possui 12 Convenções que dispõem sobre a proteção à mulher e à igualdade de gênero, das quais seis foram ratificadas pelo Brasil.

As Convenções da OIT sobre igualdade de gênero são: Convenção nº 3 sobre a proteção à maternidade, 1919; Convenção nº 4 sobre o trabalho noturno (mulheres), 1919; Convenção nº 41 (revisada) sobre o trabalho noturno (mulheres), 1934; Convenção nº 45 sobre o trabalho subterrâneo (mulheres), 1935; Convenção nº 89 sobre o trabalho noturno (mulheres), 1948 e Protocolo, 1990; Convenção nº 103 sobre a proteção à maternidade (revisada), 1952; Convenção nº 100 sobre a igualdade de remuneração, 1951; Convenção nº 111 sobre a discriminação (emprego e ocupação), 1958; Convenção nº 156 sobre os trabalhadores com responsabilidades familiares, 1981; Convenção nº 171 sobre o trabalho noturno, 1990; Convenção nº 183 sobre a proteção à maternidade (revisada), 2000; Convenção nº 189 sobre trabalho decente para trabalhadoras/es domésticos/as, 2011.

As Convenções ratificadas pelo Brasil são as seguintes:

- i) Convenção nº 03. Proteção à maternidade (1919) (ratificada em 1934) – não está em vigor;
- ii) Convenção nº 89 Trabalho noturno (mulheres), 1948 (revisada) (ratificada em 1957);
- iii) Convenção nº 100 Igualdade de remuneração, 1951 (ratificada em 1957);
- iv) Convenção nº 103 Proteção à maternidade, 1952 (revisada) (ratificada em 1965);
- v) Convenção nº 111 Discriminação no emprego e na ocupação, 1958 (ratificada em 1965);
- vi) Convenção nº 171 Trabalho noturno, 1990 (ratificada em 2002).

A Convenção N° 111<sup>2</sup> da OIT, que versa sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, promulgada em 1958 e ratificada pelo Brasil desde 1965, no artigo primeiro traz a definição do que significa o termo “discriminação” para fins da aludida norma internacional do trabalho:

No mesmo sentido, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher ( CEDAW, 1979), denominada Convenção da Mulher – foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 93 de 14/11/1983 e promulgada pelo Decreto nº 89.460, de 20/03/1984 – é um instrumento importante de proteção aos direitos das mulheres, sobretudo porque traz no seu artigo primeiro o significado da expressão “discriminação contra a mulher” determinando a linha para enquadramento no termo ( OAS, 1979, *on line*)

<sup>2</sup> Art. 1 – 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

No artigo terceiro<sup>3</sup> da mesma Convenção Internacional são estabelecidas para os Estados signatários as medidas apropriadas para assegurar o desenvolvimento e progresso da mulher.

A Organização Internacional do Trabalho também promulgou normas específicas neste sentido no Artigo 2º da sua Convenção nº 111<sup>4</sup>.

No Art. 3<sup>o5</sup> do mesmo postulado elencou os métodos adequados ao fim colimado na Convenção.

O Brasil ratificou essas Convenções e está comprometido com todos os seus termos. Além do dever de não praticar qualquer ato de discriminação contra a mulher, o Estado brasileiro deve adotar medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para eliminar a discriminação praticada por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

3 Art. 3. Os Estados partes tomarão em todas as esferas e, em particular, nas esferas políticas, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

4 Art. 2 – Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

5 Art. 3 – Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais:

a) esforçar-se por obter a colaboração das organizações de empregadores e trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação e aplicação desta política;

b) promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação;

c) revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política;

d) seguir a referida política no que diz respeito a empregos dependentes do controle direto de uma autoridade nacional;

e) assegurar a aplicação da referida política nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação dependentes do controle de uma autoridade nacional;

f) indicar, nos seus relatórios anuais sobre a aplicação da convenção, as medidas tomadas em conformidade com esta política e os resultados obtidos.

Seguindo esta linha de combate à discriminação de gênero, a CF/88 no art. 3º afirma que um dos objetivos fundamentais da República é a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. No artigo 5º, inciso I, estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

No que diz respeito aos direitos sociais, a Constituição de 1988 estabelece no Art. 7º, inciso XX, “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. No mesmo artigo a Constituição assegurou o direito à licença maternidade, à assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas, proíbe diferenças de salários, discriminação no exercício das funções e nos critérios de admissão por questões de gênero.

A CEDAW de 1979 traz em seu artigo 4º o dever dos Estados signatários de adotar políticas afirmativas e estabelece, de logo, que o tratamento desigual dado às mulheres não se trata de prática discriminatória<sup>6</sup>. (OAS, 1979, *on line*)

Desde 1958 a OIT também definiu na Convenção nº 111 que as medidas especiais de proteção ou de assistência às mulheres não poderão ser consideradas como discriminação<sup>7</sup>.

Verifica-se, portanto, que tanto nas Convenções Internacionais, como na Constituição Federal de 1988, o tratamento especial dado

6 Art. 4. 1. A adoção pelos Estados partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas: essas medidas cessarão quando os objetos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados. 2. A adoção pelos Estados Partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinada a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória

7 Art. 5. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação: Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.

às mulheres consagra a máxima do Princípio da Igualdade no sentido de que os desiguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

Para compensar essas desigualdades foram criadas as normas de proteção ao trabalho feminino para que as mulheres pudessem disputar o mercado de trabalho em pé de igualdade com os homens. Para tanto, foi necessário diminuir em alguns regramentos legais as diferenças existentes entre os sexos, sobretudo, criando normas de proteção à maternidade.

A Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 1965 (OIT, 1952, *on line*), determina regras de amparo à maternidade ao estabelecer prazo mínimo para duração da licença, época própria para o gozo do benefício; versa sobre licença pré-natal suplementar em casos de doenças decorrentes da gravidez, prorrogação da licença quando determinada pelo médico; e prevê estipulação de regras sobre a interrupção do trabalho para amamentação.

Na mesma linha de proteção ao emprego e de não discriminação da mulher no mercado de trabalho, em 1995 foi promulgada a Lei nº 9.029 que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho<sup>8</sup>.

A Consolidação das Leis do Trabalho no Art. 373-A<sup>9</sup>, além de vedar em seus incisos várias práticas discriminatórias, permite

<sup>8</sup> Art. 1º. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

(...)

<sup>9</sup> Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

expressamente em seu parágrafo único adoção de medidas com caráter discriminatório positivo.

O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CIDH, 1969, *on line*), a qual determina em seu Artigo 1.1 que: “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

No Artigo 2º do mesmo instrumento normativo consta o dever dos Estados de adotarem disposições de direito interno quando o exercício dos direitos e liberdades previstos no artigo primeiro não estiverem garantidos por disposições legislativas ou de outra natureza. O Art. 24 assegura que todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Em relação ao dever dos Estados Membros de desenvolvimento progressivo, o Art. 26 assim dispõe: “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante

---

(Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

I - Publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

II - Recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

IV - Exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

V - Impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

VI - Proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. “

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência a Mulher (Convenção Belém do Pará, 1994), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996 (CDIH, 1994, *on line*), traz em seu artigo 1º a definição do que se trata violência contra a mulher, expandindo-a para além do ambiente doméstico, abarcando, notadamente, o ambiente de trabalho<sup>10</sup>.

No Art. 3º afirma que “Toda mulher tem direito a ser livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.” O Art. 7º, por outro lado, traz os deveres dos Estados signatários<sup>11</sup>.

A responsabilidade do Estado na tutela de direitos fundamentais é de natureza primária e a responsabilidade dos órgãos

10 Art. 1. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

11 Art. 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

internacionais de direitos humanos é subsidiária. Os instrumentos internacionais são uma garantia de proteção quando o sistema nacional não cumpre o seu papel de tutor dos direitos fundamentais dos seus cidadãos e cidadãs, por omissão ou deficiência do seu sistema jurisdicional.

O Artigo 12 reconhece o direito a qualquer pessoa ou grupo de apresentar petições referentes a denúncias ou queixas na Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>12</sup>.

Por todos esses fatos, com fundamento em dispositivos legais nacionais e estrangeiros que protegem os direitos humanos, o Brasil foi denunciado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, após explosão da fábrica de fogos na cidade de Santo Antônio de Jesus, no Recôncavo Baiano, a qual ceifou a vida de 59 mulheres, dentre elas 19 crianças do sexo feminino. A maioria das vítimas era composta por mulheres negras, em situação de vulnerabilidade econômica e social.

A sentença internacional condenatória, publicada em 15 de julho de 2020, cujos detalhes e violações serão esmiuçados adiante, evidenciou descumprimento pelo Brasil de normas nacionais e internacionais de direitos humanos, em especial do direito nacional e internacional do trabalho e da Convenção de 1969.

---

<sup>12</sup> Art. 12. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não-governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, poderá apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições referentes a denúncias ou queixas de violação do artigo 7 desta Convenção por um Estado Parte, devendo a Comissão considerar tais petições de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a apresentação e consideração de petições.

## **A sentença do caso dos empregados da fábrica de fogos em Santo Antônio de Jesus. Violações legais.**

A explosão na fábrica de fogos artificiais localizada no município de Santo Antônio de Jesus, região do Recôncavo Baiano, ceifou a vida de 60 pessoas e provocou lesões graves em 6 sobreviventes. Entre as pessoas que perderam a vida 59 eram mulheres afrodescendentes – 19 delas eram crianças e 4 mulheres estavam grávidas. Entre os sobreviventes havia 3 mulheres adultas, 2 meninos e 1 menina (MAZZUOLI, 2020). Diante desse quadro, emerge a pergunta: Por que a maioria das vítimas era composta por mulheres negras?

A região do Recôncavo Baiano é conhecida por possuir uma presença histórica de pessoas descendentes das escravizadas no Séc. XVI, que trabalhavam na produção agrícola da cana de açúcar e cultivo do tabaco. Mesmo após a abolição da escravidão no Brasil, muitos dos antigos escravos permaneceram em condições de servidão naquela Região. Ademais, durante anos, viram-se imersos em relações trabalhistas marcadas pela informalidade, clandestinidade, precarização e pelo uso predominante de mão de obra não qualificada, o que manteve boa parte da população em situação de pobreza (CORTEIDH, 2020, p. 19, *on line*).

Dados dispostos na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos apontam que a maioria das vítimas naquela explosão era composta por mulheres, negras, pobres e de baixa escolaridade. Eram mulheres contratadas informalmente, sem qualquer direito trabalhista, e que recebiam salários muito baixos. Elas não tinham equipamento de proteção individual (EPI) e nem receberam qualquer treinamento para exercer a atividade de alto risco para a qual foram contratadas verbalmente. (CORTEIDH, 2020, p. 19, *on line*)

Os bairros onde viviam a maioria das trabalhadoras da fábrica de fogos são bairros periféricos do município Santo Antônio de Jesus. Caracterizam-se não só pela pobreza, mas pela falta de acesso à educação formal, ausência de infraestrutura sanitária, de modo que predominam pessoas com nível de educação muito baixo e, por conseguinte, de baixa renda e suscetíveis à exploração desmedida dos empresários locais. (OAB-BA, 2020, *on line*)

Restou evidenciado na sentença do caso que a produção de fogos de artifício é a principal atividade econômica da localidade, é caracterizada por um elevado grau de informalidade e clandestinidade, utilização de mão de obra infantil e trabalho de mulheres, inclusive, exercido em suas próprias casas, de maneira arriscada para a comunidade e para a integridade pessoal das trabalhadoras e dos trabalhadores, a ponto de a explosão de 11 de dezembro de 1998 não ter sido a primeira. “Com efeito, em 22 de abril de 1996, um dos donos da fábrica de fogos à qual se refere este caso – Osvaldo Prazeres Bastos – foi condenado em um processo penal por uma explosão ocorrida no contexto de suas atividades com fogos de artifício.” (CORTEIDH, 2020, p. 22, *on line*)

Além do recebimento de salários baixíssimos, as trabalhadoras não recebiam adicional de periculosidade (Art. 193 da CLT<sup>13</sup>) pelo risco a que eram submetidas diariamente em seu trabalho. “Quanto ao pagamento pelo trabalho realizado, as trabalhadoras recebiam R\$ 0,50 (cinquenta centavos de real) pela produção de mil traques. Os habitantes do município de Santo Antônio de Jesus trabalhavam na fábrica de fogos devido à falta de outra alternativa econômica e em virtude de sua condição de pobreza. As empregadas da fábrica de

<sup>13</sup> Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012)

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

fogos não podiam ter acesso a um trabalho no comércio em razão de sua falta de alfabetização e não eram aceitas para trabalhar no serviço doméstico em função de estereótipos que as associavam, por exemplo, à criminalidade.” (CORTEIDH, 2020, p. 23, *on line*)

A fábrica de fogos de artifício referida era a única opção de trabalho para a maioria dos habitantes de Santo Antônio de Jesus. Devido à condição de afrodescendentes, situação de pobreza, sobretudo das mulheres, os trabalhadores não tinham outra alternativa de trabalho digno e aceitavam os baixos salários e o risco de vida inerente à atividade desempenhada.

Ao se referir a esta particularidade do trabalho ofertado na região, a decisão trilha um caminho muito importante porque denuncia o quanto o Estado fracassou na fiscalização do estabelecimento empresarial, na adoção de políticas sociais para diminuir a discriminação e situação de pobreza da população feminina e afrodescendente daquela região; isto sem mencionar o descumprimento das normas nacionais e internacionais indicadas no capítulo antecedente. Essa passagem da sentença descortina os principais motivos que levaram as vítimas a aceitar trabalhar naquela fábrica de forma tão precarizada, em situação análoga à escravidão.

Com a finalidade de entender a precarização do trabalho das mulheres na indústria, convém rememorar apontamentos de Simone de Beauvoir, na obra *O Segundo Sexo: Fatos e Mitos* (1948, p. 166), a qual denuncia que já nessa época as mulheres eram vergonhosamente mais exploradas do que os homens. Cita que trabalhavam de forma contínua, para receber uma contraprestação que não atendia às necessidades mínimas, que sofriam abusos odiosos, e conta como migraram para a indústria de tecelagem e algodão:

Compreende-se que se tenham apressado em migrar para as manufaturas; aliás, fora destas, em pouco tempo não lhes restarão

senão os trabalhos de agulha, a lavanderia e a domesticidade, ofícios todos de escravos e pagos com salário de fome; até a renda, a roupa branca etc. são tomadas pela fábrica. Em compensação há oferecimentos maciços de emprego nas indústrias de algodão, de lã, de seda; as mulheres são principalmente utilizadas na fiação e na tecelagem. Os patrões muitas vezes as preferem aos homens. “Trabalham melhor e mais barato”. Esta forma cínica esclarece o drama do trabalho feminino. Porque é pelo trabalho que a mulher conquista a sua dignidade de ser humano; mas foi uma conquista singularmente árdua e lenta.

A autora noticia uma realidade da indústria na época que está muito alinhada ao trabalho informal dos dias atuais. (BEAUVOIR 2016, p. 166 e 167):

Fiação e Tecelagem realizam-se em condições higiênicas lamentáveis. “Em Lyon”, escreve Blanqui, “nos ateliês de passamanaria, as mulheres são obrigadas a trabalhar quase suspensas a correias, servindo-se dos pés e das mãos ao mesmo tempo. Em 1831, as operárias da seda trabalhavam das três horas da manhã até as 11 da noite no verão, ou seja, 17 horas por dia, “em locais amiúde mal são e onde não penetram nunca raios do sol. Metade dessas moças tornam-se tuberculosas antes de terminar seu aprendizado. Quando se queixam, acusam-nas de fazerem fita”, diz Norbert Truquin.

Sobre a escravidão das mulheres na era da industrialização, Silvia Federici, em sua obra *Calibã e a Bruxa* (2017, p. 195), menciona:

Que devemos repensar o conceito de “escravidão do salário”. Se é certo que os trabalhadores homens, sob o novo regime de trabalho assalariado, passaram a ser livres apenas num sentido formal, o grupo de trabalhadores que, na transição do capitalismo, mais se aproximou da condição de escravos foram as mulheres trabalhadoras.

Mas a precarização das mulheres afrodescendentes é ainda mais grave. As autoras Carla Bronzo e Marina Silva (2021, *on line*) no artigo *Desigualdade de Gênero na Pobreza e Três Pontos para o seu Enfrentamento*, afirmam categoricamente que a pobreza tem cor. Mas além de cor, ela tem também gênero e esse é feminino. “O fenômeno conhecido como feminização da pobreza aponta exatamente para

isso. Esse termo foi cunhado em fins dos anos 70, para apontar uma presença maior de mulheres entre os pobres.”

As autoras apontam ao longo do texto que a maior presença de mulheres entre pobres e extremamente pobres se dá principalmente em razão da divisão sexual e social do Trabalho. Salientam que a partir das diferenças socialmente construídas entre homens e mulheres em uma sociedade machista, é estruturada a distribuição do poder e hierarquias, as desigualdades são produzidas, papéis são definidos e relações sociais de determinados tipos são sustentadas e legitimadas.

Carla Bronzo e Marina Silva (2021, *on line*) ainda evidenciam no estudo que a análise das condições de inserção das mulheres no mercado de trabalho, em empregos mal remunerados, precários e com alto grau de informalidade, mostra uma situação que se mantém ao longo dos anos, apontando um padrão de desigualdade que não é anulado por nenhuma outra condição. As mulheres estão menos presentes que os homens no mercado de trabalho, especialmente o formal, recebem salários menores e ocupam menos os cargos de liderança ou de maior rendimento.

Mirla Cisne, no livro *Gênero, divisão sexual do trabalho e Serviço Social* (2015, P. 120) anota que “é necessário perceber que a feminização do trabalho, implica em determinações relevantes para a produção e para a reprodução do capital, que, para tanto, desenvolve uma superexploração sobre o trabalho e sobre as atividades desenvolvidas por mulheres (...).”

Na mesma obra, a referida autora chama especial atenção para o fato da subordinação da mulher e “os dons ou habilidades ditas femininas são apropriadas pelo capital para a exploração da força de trabalho, pois as atividades e trabalhos desenvolvidos por mulheres – ao serem vistos como atributos naturais, extensões de habilidades

próprias do gênero feminino – são considerados dons e não trabalho.” Citando Elizabeth Lobo, afirma que “Uma vez feminilizada, a tarefa passa a ser classificada como ‘menos complexa’”.

Extraí-se, portanto, que a atividade dita ‘menos complexa’ passa a ser a justificação do desprestígio e desvalorização do trabalho feminino, da precarização e da pobreza das mulheres; da invisibilidade e clandestinidade, e da ausência de proteção social e trabalhista.

A respeito da igualdade de gênero no mundo do Trabalho, a Diretora do Escritório da OIT no Brasil, Laís Abramo, por ocasião da sua palestra na Conferência “Fortalecimento da Mulher, Igualdade de Gênero e Direitos Trabalhistas: Transformando o cenário”, realizada em São Paulo e promovida pelo Centro de Solidariedade (Solidarity Center), fixou pontos importantes ao tratar das condições essenciais para atingir uma democracia efetiva (ABRAT, 2013, *on line*):

A igualdade de gênero no mundo do trabalho pode ser vista por três ângulos complementares: é um tema de direitos humanos e faz parte das condições essenciais para atingir uma democracia efetiva; é um tema de justiça social e diminuição da pobreza, na medida em que é condição para ampliar as oportunidades de acesso a um trabalho decente; é um tema de desenvolvimento social e econômico, na medida em que promove a participação das mulheres na atividade econômica e na tomada de decisões relativas à formulação de políticas de desenvolvimento que respondam adequadamente aos objetivos da igualdade.

A Corte Interamericana, por sua vez, já se pronunciou sobre a pobreza e a proibição de discriminação por posição econômica. Reconheceu em várias decisões que as violações aos direitos humanos foram acompanhadas de situações de exclusão e marginalização pela situação de pobreza das vítimas, e identificou a pobreza como fator de vulnerabilidade que aprofunda o impacto da vitimização. A primeira vez em que a Corte Interamericana expressamente determinou a responsabilidade internacional contra um Estado por perpetuar uma situação estrutural histórica de exclusão foi exatamente na condenação

do Brasil no “caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”, em 2016. (MAZZUOLI, 2020)

No item 188 da sentença analisada, a Comissão afirmou que há um nexo entre o descumprimento das obrigações do Estado e a situação de pobreza que se vivia no município de Santo Antônio de Jesus, de modo que a pobreza das trabalhadoras da fábrica de fogos teria levado à violação de seu direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho sem discriminação. Os julgadores concluíram que existia discriminação estrutural em razão da pobreza, principalmente das mulheres afrodescendentes. Esse tipo de discriminação se refere a comportamentos arraigados na sociedade que implicam em atos de discriminação indireta contra grupos determinados, e que se manifestam em práticas que produzem desvantagens comparativas.

Especificamente, a Corte constata que “as supostas vítimas eram pessoas que, em razão da discriminação estrutural por sua condição de pobreza, não podiam ter acesso a outra fonte de renda e tinham de se expor ao aceitar um trabalho em condições de vulnerabilidade, que contrastava com os mandatos da Convenção Americana, e que as expôs aos fatos que as vitimaram.” (CORTEIDH, 2020, p. 54, *on line*)

A Corte salientou, ainda, que o fato de uma atividade econômica especialmente perigosa ter se instalado na área está relacionado à pobreza e à marginalização da população local, que tinha aquele trabalho como única opção, dado que eram pessoas com baixo nível de escolaridade e alfabetização, e que eram rotuladas como pouco confiáveis e, por essas razões, não podiam ter acesso a outro emprego.

E pontuou no item 191 que “A interseção de fatores de discriminação no caso sentenciado aumentou as desvantagens

comparativas das supostas vítimas, as quais compartilham fatores específicos de discriminação que atingem as pessoas em situação de pobreza, as mulheres e os afrodescendentes; mas, ademais, enfrentam uma forma específica de discriminação por conta da confluência de todos esses fatores e, em alguns casos, por estar grávidas, por serem meninas, ou por serem meninas e estarem grávidas. Sobre esse assunto é importante destacar que esta Corte estabeleceu que o estado de gravidez pode constituir uma condição de particular vulnerabilidade e que, em alguns casos de vitimização, pode existir um impacto diferenciado por conta da gravidez.” (CORTEIDH, 2020, p. 55, *on line*)

Ainda em relação à discriminação sofrida pelas mulheres, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas, em relatório de 2012, salientou que a igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho é um problema no Brasil e que “lhe preocupa[va] que os estereótipos relacionados a gênero e raça contribuam para a segregação de mulheres afrodescendentes e indígenas nos empregos de menor qualidade.”

Também manifestou sua preocupação “com os efeitos da pobreza sobre as mulheres brasileiras de ascendência africana [...] e outros grupos de mulheres socialmente excluídos ou marginalizados e sua posição desvantajosa em relação ao acesso à educação, à saúde, ao saneamento básico, ao emprego, à informação e à justiça. [...] As deficientes condições de emprego da mulher em geral, inclusive a segregação vertical e horizontal, se vejam agravadas pela raça ou pela origem étnica” (CEDAW, 2012)

Segundo informações constantes do relatório da sentença, na instrução probatória do caso em análise restou evidenciado que o Estado tinha conhecimento que as mulheres afrodescendentes se encontravam em particular situação de vulnerabilidade, uma vez que, entre outros fatores, tinham menos acesso a trabalhos formais.

O Estado levou dados estatísticos ao conhecimento da Comissão comprovando esse fato.

Por esta razão, “ao permitir a instalação e funcionamento da fábrica de fogos em uma área em que uma parte substancial da população é vulnerável, o Estado tinha a obrigação reforçada de fiscalizar as condições de funcionamento das instalações e de garantir que efetivamente se adotassem medidas para a proteção da vida e da saúde das trabalhadoras e para garantir seu direito à igualdade material.

Por esse motivo, ao não haver fiscalizado as condições de higiene, saúde e segurança do trabalho na fábrica, nem a atividade de fabricação de fogos de artifício para, especialmente, evitar acidentes de trabalho, o Estado do Brasil não só deixou de garantir o direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho das supostas vítimas, mas também contribuiu para agravar as condições de discriminação estrutural em que se encontravam. (...)”

A Corte afirma que “a situação de pobreza das supostas vítimas, associada aos fatores interseccionais de discriminação já mencionados, que agravavam sua condição de vulnerabilidade, (i) facilitou a instalação e o funcionamento de uma fábrica dedicada a uma atividade especialmente perigosa, sem fiscalização, seja dessa atividade perigosa, seja das condições de higiene e segurança no trabalho por parte do Estado; e (ii) levou as supostas vítimas a aceitar um trabalho que colocava em risco sua vida e sua integridade, bem como a de suas filhas e filhos menores de idade. Ademais, (iii) o Estado não adotou medidas destinadas a garantir a igualdade material no direito ao trabalho a respeito de um grupo de mulheres em situação de marginalização e discriminação. Essa situação implica que, no presente caso, não se garantiu o direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias, sem discriminação, nem tampouco o direito à igualdade,

previstos nos artigos 24 e 26, em relação ao artigo 1.1 da Convenção.” (CORTEIDH, 2020, p. 58)

Com base nesses fatos, a Comissão concluiu que o Estado brasileiro violou, em detrimento das vítimas, o direito ao trabalho, estabelecido no artigo 26 da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, bem como o artigo 19, no caso das crianças. Além disso, por haver um nexo claro entre o descumprimento dessas obrigações e a situação de pobreza das vítimas, o Estado também é responsável pela violação do princípio de igualdade e não discriminação estabelecido nos artigos 24 e 1.1 da Convenção. Em relação ao direito a garantias e proteção judicial, a Corte analisou as violações de acordo com o andamento dos processos trabalhistas, de natureza penal e cível.

Quanto ao processo penal, estabeleceu que o atraso de quase 22 anos sem decisão final constituiu falta de razoabilidade no prazo e que as autoridades judiciais não agiram com a devida diligência para solucionar o caso.

Nos processos civis de indenização por danos morais e materiais contra o Governo Federal, o Estado da Bahia, o município e a empresa, as primeiras sentenças foram emitidas oito anos após o início da ação principal e, até o momento de prolação da sentença na Corte, havia apenas duas decisões finais, que não haviam sido executadas até aquele momento. Por essa razão, o Tribunal concluiu que o Estado violou a garantia de tempo razoável e diligência do processo. Sobre a *ex-delicto* da ação civil pública contra os proprietários da fábrica, a Corte considerou que mais de 20 anos se passaram sem que as vítimas tivessem acesso a um valor de indenização, que era o que esse processo pretendia, de modo que a Corte sentenciou que o Estado brasileiro não cumpriu a garantia do prazo razoável.

No que concerne aos processos trabalhistas, a Corte considerou que apenas 18 anos após o início dos processos foi possível apreender um bem que parece ser suficiente para a execução das penas, e que os processos com sentenças favoráveis aos trabalhadores da fábrica foram arquivados por muitos anos, pois não foi reconhecido o vínculo de emprego entre as trabalhadoras e Osvaldo Prazeres Bastos, já que era seu filho, Mario Fróes Prazeres Bastos, que constava, formalmente, como proprietário da empresa, e não haviam sido encontrados bens para embargar.

No entanto, no âmbito das ações civis e penais, a relação de Osvaldo Prazeres Bastos com a fábrica de fogos já havia sido constatada, e ele, de fato, possuía bens que podiam garantir o pagamento às vítimas (CORTEIDH, 2020, p. 68, *on line*). Por essas razões, a Corte concluiu que, em relação aos processos laborais, o Estado violou a garantia de um tempo razoável e o dever de *due diligence*, em detrimento das seis vítimas sobreviventes da explosão da fábrica de incêndio e dos 100 parentes das vítimas mortas.

Por fim, o Tribunal concluiu que, neste caso, a efetiva proteção judicial não era garantida aos trabalhadores da fábrica de fogos, pois, embora tenham sido autorizados a fazer uso dos recursos judiciais previstos em lei, esses recursos também não possuíam uma solução definitiva após mais de 18 anos do início de seu processo, ou teve uma decisão favorável às vítimas, mas não pôde ser executada devido a atrasos injustificados pelo Estado.

Ao tratar das reparações, a Corte estabeleceu que a sua sentença constitui, por si só, uma forma de reparação. E ordenou, ainda, as seguintes medidas de reparação integral (CORTE IDH, 2020, p. 74,):

A) Obrigação de investigar:

1) continuar com a devida diligência e num prazo razoável o processo penal, as causas civis de indenização por danos morais e materiais e os processos laborais;

B) Reabilitação:

1) prestar o tratamento médico, psicológico e psiquiátrico exigido pelas vítimas;

C) Satisfação:

1) publicar o resumo oficial da sentença no jornal oficial e num jornal de grande circulação nacional, e a integridade da sentença num sítio Web oficial do Estado da Bahia e do Governo Federal, e produzir um material para rádio e televisão no qual apresente o resumo da sentença; e

2) realizar um ato de reconhecimento de responsabilidade internacional;

D) Garantias de não repetição:

1) Implementar uma política sistemática de inspeções periódicas nas instalações de produção de fogos de artifício; e

2) Conceber e executar um programa de desenvolvimento socioeconómico destinado à população de Santo Antônio de Jesus;

E) Indemnizações compensatórias:

1) pagar as somas monetárias fixadas no acórdão pelos conceitos relativos aos danos materiais e imateriais e

2) o reembolso das custas e despesas.

Em notícia publicada na página da Ordem dos Advogados da Bahia (OAB-BA, 2020, *on line*), após alguns meses de prolação da decisão, o Presidente da Comissão de Direitos Humanos daquela instituição, Jerônimo Mesquita, menciona que “a condenação por um organismo internacional demonstra a total inercia e incompetência do Brasil em fazer a reparação desse crime bárbaro. Uma vez que, mesmo após tanto tempo não houve qualquer tipo de indenização às famílias e punição aos culpados.” Jerônimo destaca, ainda, que “A lentidão no judiciário causa esse tipo de dano. Passados tantos anos,

não há decisões definitivas e as famílias não receberam nada. É um constrangimento internacional”.

## **Desigualdade e precarização da classe trabalhadora feminina**

No livro *O que é Interseccionalidade?* Carla Akotirene, ativista do feminismo negro, define que o termo interseccionalidade demarca o paradigma teórico e metodológico da tradição feminista negra, promovendo intervenções políticas e letramentos jurídicos sobre quais condições estruturais o racismo, sexismo e violências correlatas se sobrepõem, discriminam e criam encargos singulares às mulheres negras (AKOTIRENE, 2018).

Diante dos dados dispostos nos capítulos anteriores, constata-se que a interseccionalidade de fatores de gênero, raça e classe social contribuíram para a predominância de mulheres entre as vítimas da Fabrica de Fogos de Artificio de Santo Antônio de Jesus. No entanto, convém analisar como o capital se apropria dessas desigualdades para explorar com maior intensidade as mulheres pobres, sobretudo as afrodescendentes.

Na sociedade capitalista o trabalho da mulher sempre foi considerado de valor menor, sendo suscetível a altas taxas de exploração e opressão. As desigualdades refletidas no mundo do trabalho possuem raízes históricas e sociais, as quais contribuem para a própria manutenção de uma sociedade desigual. A mulher foi, e ainda é, historicamente subordinada e duplamente oprimida pela sociedade patriarcal e pelo capital (BEAUVOIR, 1948).

A metamorfose do trabalho sofre importantes variações segundo o sexo, raça e classe, mas são pouco analisadas do ponto de

vista dessas particularidades, mesmo as mulheres estando em maior número de trabalhadoras não tuteladas pelo Direito do Trabalho.

Um dos elementos fundamentais para a análise da relação entre o mundo do trabalho e a inserção das mulheres neste processo é a divisão sexual do trabalho, que está na base social da opressão e da desigualdade, revelando o quanto é útil para o capitalismo a permanência da hierarquia entre os sexos, raça e classe social.

A divisão sexual do trabalho viabilizou o trabalho reprodutivo e de cuidados não remunerados e, ainda, dentro da reestruturação produtiva, os processos de terceirização, informalidade, jornadas parciais e subcontratações, através de elementos presentes na esfera produtiva, que reforçam as desigualdades de gênero no mundo do trabalho.

As mulheres ingressaram no mercado de trabalho para receber salários menores, executar trabalhos ditos “femininos”, continuam como as responsáveis pelo trabalho doméstico e sempre têm a sua força de trabalho desvalorizada.

A flexibilização é a estratégia preferencial das empresas contratantes para aumentar os lucros, a qual se revela cada vez mais sexuada, raceada e estruturada na divisão sexual do trabalho.

As mulheres se submetem facilmente às formas de organização do trabalho taylorista, adaptam-se muito bem ao trabalho repetitivo da linha de montagem, à hierarquia e ordens superiores de comando. Nesse ramo de produção, o último elo da cadeia produtiva é a trabalhadora domiciliar, que acumula o trabalho doméstico e de cuidados com o trabalho prestado aos tomadores de seus serviços. ( GUIRALDELLI, 2012 p. 712)

O acidente ocorrido em dezembro de 1998, quando explodiu a Fábrica de Fogos “Vardo dos Fogos” revelou um alto índice de

trabalhadoras vítimas do incêndio e a prevalência das mulheres nesse ramo de atividade, assim como de crianças, cujo trabalho é marcado pela precarização, clandestinidade e total desrespeito aos direitos laborais e das normas de medicina e segurança do trabalho.

Na declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni, em Audiência Pública realizada em 31 de janeiro de 2020 perante a Corte IDH, constatou-se que as trabalhadoras deste setor são normalmente mulheres que não concluíram o ensino primário, que começaram a trabalhar na indústria de fogos entre os 10 e 13 anos, que aprenderam o ofício com vizinhos e familiares, sem receber nenhum tipo de capacitação formal. Trata-se de mulheres marginalizadas na sociedade e sem outras opções laborais. Mulheres e meninas que se dedicam à confecção de bombas trabalham nesta atividade devido à sua habilidade manual, razão pela qual são preferidas para este tipo de trabalho.

Segundo essa especialista, em 1998 havia aproximadamente 2.000 mulheres fazendo fogos de artifício, das quais mais de 60% eram afrodescendentes. Além disso, do total de pessoas trabalhando, entre 30% e 40% eram meninas e meninos. Pelas evidências do processo, percebe-se que as mulheres introduziram seus filhos na fabricação de pequenas bombas, não só porque isso lhes permitia aumentar a produtividade, mas porque não tinham com quem deixar os filhos para cuidar deles. (CORTEIDH, 2020, p. 21, *on line*)

Explica-se, portanto, porque a maioria das vítimas da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus era composta por mulheres e crianças.

Vê-se, dessa forma, como as condições diferenciadas por gênero foram sendo apropriadas pelo capital, interferindo na organização do

trabalho e na participação das mulheres no mundo laboral. A respeito do assunto, Federici relata um ponto importante (2017, p. 191 e 232):

Para colocar em prática a “apropriação primitiva” dos homens sobre o trabalho feminino, foi construída uma nova ordem patriarcal, reduzindo as mulheres a uma dupla dependência: de seus empregadores e dos homens. O fato de que as relações de poder desiguais entre mulheres e homens existiam mesmo antes do advento do capitalismo, assim como uma divisão sexual do trabalho discriminatória, na foge a esta avaliação. Isso porque, na Europa pré-capitalista, a subordinação das mulheres aos homens esteve atenuada pelo fato de que elas tinham acesso às terras e a outros bens comuns, enquanto no novo regime capitalista as próprias mulheres se tornaram bens comuns, dado que seu trabalho foi definido como um recurso natural que estava fora da esfera das relações de mercado.

(...)

A construção de uma nova ordem patriarcal, que tornava as mulheres servas da força de trabalho masculina, foi de fundamental importância para o desenvolvimento do capitalismo. Sobre essa base foi possível impor uma nova divisão sexual do trabalho... Deste modo, assim como a divisão internacional do trabalho, a divisão sexual do trabalho foi, sobretudo, uma relação de poder, uma divisão dentro da força de trabalho, ao mesmo tempo que um imenso impulso à acumulação capitalista.

Assim, para analisar a exploração do capital sob a força de trabalho é indispensável que além dos estudos das lições da Teoria Social Crítica do Direito do Trabalho, os olhares também devem se voltar para a literatura feminista que denuncia o que vem sendo definido como trabalho masculino e trabalho feminino, através da divisão sexual do trabalho que hierarquiza os trabalhos de homens e mulheres para diminuir o valor dos serviços ditados como femininos.

Em relação ao assunto, Flávia Biroli, na obra *O Gênero e Desigualdades. Limites da Democracia no Brasil* (2018, p. 21), pontua:

Falar de divisão sexual do trabalho é tocar no que vem sendo definido, historicamente, como trabalho de mulher, competência de mulher, lugar de mulher. E claro, nas consequências dessas classificações. As hierarquias de gênero, raça e classe não são explicáveis sem que se leve em conta essa divisão, que produz,

ao mesmo tempo, identidades, vantagens e desvantagens. Muitas das percepções sobre quem somos no mundo, o que representamos para as pessoas próximas e o nosso papel na sociedade estão relacionadas à divisão sexual do trabalho.

Na mesma obra, a autora apresenta a divisão sexual do trabalho também como um problema empírico situado, ao passo que as hierarquias de gênero assumem formas diferenciadas segundo a posição de classe e raça das mulheres. “A divisão sexual do trabalho, no entanto, não se detém nos limites das vantagens de classe e raça; impacta também as mulheres privilegiadas, porém com consequências distintas daquelas que se impõem à maioria das mulheres.” (BIROLI, 2018, p. 21).

Ângela Davis, em *Mulheres, Raça e Classe*, ao definir em seus estudos a situação da mulher negra, enquanto escrava, salienta que elas tinham todos os aspectos da sua vida ofuscados pelo trabalho compulsório, de modo que o ponto de partida de qualquer exploração da mulher negra na escravidão seria uma avaliação do seu papel como trabalhadora. (DAVIS, 2016, p. 24)

Informa que a questão de gênero, naquela época, pouco importava, ao passo que a condição de escrava prevalecia sobre todas as outras questões. O homem escravo não era chefe de família, a mulher negra era mera reprodutora de futuros escravos, inexistia as repercussões típicas da maternidade; homens e mulheres escravizados eram iguais no desempenho das atividades, de modo que atividades domésticas também eram desempenhadas pelos homens e os trabalhos, ditos pesados para a estrutura física feminina, também eram executados pelas mulheres negras em igualdade de condições.

No período pós-escravidão as mulheres negras foram trabalhar no “serviço doméstico”, muitas vezes nas residências de seus ex-proprietários, que viam essa ocupação como um trabalho

vil, tal e qual quando desempenhado na época da escravidão. O trabalho doméstico, desprezado pelas mulheres brancas e delegado para as mulheres negras, era a principal ocupação destas, cenário que perdurou por quase um século.

Davis assinala que “Por mais de trinta anos, essa mulher negra viveu involuntariamente nas casas onde era empregada. Trabalhando nada menos do que catorze horas por dia, ela geralmente tinha permissão de sair apenas uma tarde, a cada duas semanas, para visitar a família.” (DAVIS, 2016, p. 98)

Era uma nova forma de escravidão. Talvez por isso, as mulheres negras, empregadas como trabalhadoras domésticas, consideravam o abuso sexual cometido pelos homens da casa como um dos maiores riscos da sua profissão. “Por inúmeras vezes, foram vítimas de extorsão no trabalho, sendo obrigadas a escolher entre a submissão sexual e a pobreza absoluta para si e para a sua família.” (DAVIS, 2016, p. 98)

Ao tratar do trabalho fora das residências, Davis também fala em sua obra a respeito do fardo duplo das mulheres negras, diz que assim como os seus companheiros, as mulheres negras trabalharam até não poder mais. Elas assumiram a responsabilidade de provedoras da família.

E, ao contrário das donas de casas brancas, que aprenderam a se apoiar no marido para ter segurança econômica, as esposas e também mães negras, geralmente também trabalhadoras, raramente puderam dispor de tempo e energia para se tornar especialistas na vida doméstica. Como as suas irmãs brancas da classe trabalhadora, que também carregavam o fardo duplo de trabalhar para sobreviver e de servir a seu marido e a suas crianças, as mulheres negras há muito, muito tempo precisam ser aliviadas dessa situação opressiva. (DAVIS, 2016, p. 233)

Ainda pontua uma particularidade das obrigações domésticas que recaem sobre os ombros das mulheres negras: Além do trabalho

doméstico nas residências das mulheres brancas, elas também executam os serviços de cuidar dos filhos das patroas, para além das suas obrigações contratuais, negligenciando, muitas vezes, os próprios filhos e os serviços domésticos das suas casas.

A relação intrínseca entre gênero, raça e classe é indispensável, portanto, para compreender as formas de exploração do trabalho humano ao longo da história, especialmente quando se percebe que estes recortes foram - e ainda são - condições determinantes para a degradação de direitos e alcance dos propósitos traçados pelo capital. Por isso a mulher negra trabalhadora, de classe social baixa, é discriminada e oprimida de forma triplicada.

Emerge desses apontamentos a necessidade de espriar os estudos para uma análise marxista da totalidade social, o que vem sendo proposto pelas feministas marxistas da atualidade, que pugnam pela desomogeneização da classe trabalhadora para entender a história por trás dos números a partir dos recortes de gênero, raça e classe social e, por conseguinte, desenvolver uma teoria unitária que reúna o potencial das respectivas lutas por emancipação.

Em um artigo sobre a Teoria da Reprodução Social, Tithi Battacharya (2013, p. 103), apresenta as primeiras lições das pesquisadoras marxistas a respeito do tema, especialmente trecho escrito por Lise Voguel, no qual explica a conexão entre a luta de classes e a opressão das mulheres:

“A luta de classes pelas condições de produção representa a dinâmica central do desenvolvimento social nas sociedades caracterizadas pela exploração. Nessas sociedades, o trabalho excedente é apropriado por uma classe dominante e uma condição essencial para a produção é a (...) renovação de uma classe subordinada de produtores diretos empenhados no processo de trabalho. De modo geral, a reposição geracional fornece a maioria dos novos trabalhadores necessários para reabastecer essa classe e a capacidade das mulheres de gerar filhos desempenha um papel crucial na sociedade de classes

(...) Nas classes proprietárias (...) a opressão às mulheres advém de seu papel na manutenção e herança da propriedade (...) Nas classes subordinadas (...) a opressão feminina (...) deriva do envolvimento das mulheres nos processos que renovam os produtores diretos, assim como seu envolvimento na produção.” (VOGEL, 1983, p. 129. Grifos nossos)

Afirma que as pesquisadoras marxistas como Lise Vogel, Martha Gimenez, Johanna Brenner e, mais recentemente, Susan Ferguson e David McNally se aproveitaram da transformadora, ainda que incompleta, percepção de Marx e a desenvolveram. Lembra, com isso, “o potencial e criatividade inerentes na tradição marxista, corretamente chamada de tradição viva, que permitiu que novas gerações de marxistas a examinem criticamente e a expandam”. (BATTACHARYA 2013, p. 103)

Olhando O Capital de Marx de perto, essas pesquisadoras argumentam que a chave do sistema, nossa força de trabalho, é, na verdade, ela mesma produzida e reproduzida fora da produção capitalista, num local “baseado em laços de parentesco” chamado família.

Acrescentam no mesmo artigo que a divisão que muitos pensam existir entre trabalho produtivo e reprodutivo é ilusória, uma vez que a produção de bens e serviços está intrinsecamente ligada à produção da força de trabalho. De acordo com essas pesquisadoras, é possível ver como essas esferas estão integradas sob um sistema único pelos impactos que as mudanças em uma têm sobre a outra.

As autoras vão mais além, salientam a necessidade da perspectiva unitária de aproximação com a realidade concreta, sobretudo porque as opressões são produzidas concomitantemente para a produção de mais-valia, e apesar de serem autônomas elas se entrecortam, de maneira que as categorias oprimidas não podem ser dissociadas e nem preteridas em favor de outras.

Propõem uma tomada de consciência coletiva; isto porque, homens e mulheres, negros e brancos, enquanto classe trabalhadora, são explorados pelo capital para o mesmo fim, de onde exsurge o interesse para que homens se unam às mulheres na luta feminista e brancos se unam aos negros na luta antirracista, abrindo mão dos privilégios que possuem em detrimento do outro.

Em sua obra *Organização, Trabalho e Gênero*, Hirata pontua que

“A flexibilização do trabalho supõe níveis variáveis, porém sempre presentes, de rigidez nos comportamentos sociais. A divisão sexual do trabalho pode ser considerada um desses fatores. Com efeito, a divisão sexual é pré-condição para a flexibilidade do trabalho.” (2007 p. 104 e 105).

Essa mesma autora afirma de forma categórica que a flexibilidade é sexuada. E diz que isso só é possível porque há uma legitimação social para o emprego das mulheres por durações mais curtas, com o propósito de conciliar o trabalho domiciliar e a vida profissional. Salienta que é com esse discurso que o trabalho é oferecido para as mulheres, pressupondo que tal conciliação é de sua responsabilidade exclusivamente.

Suscita o fato de que a polêmica sobre flexibilidade interna, flexibilidade externa e divisão social do trabalho estiveram até agora fundamentalmente relacionadas com as questões da empresa e da produção industrial, de um lado, e do mercado de trabalho, de outro. E sugere a ampliação dos contornos desse debate, através da pesquisa e do estudo aprofundado da divisão sexual do trabalho e das relações de gênero.

Segundo Hirata, o trabalho precário é hoje predominantemente feminino, e isto se deve ao fato de que são nos empregos informais, de tempo parcial e terceirizado, que as mulheres conseguem de modo

mais fácil articular as atividades domésticas (trabalho reprodutor e produtivo) ao trabalho na esfera pública (trabalho produtivo).

No mesmo sentido, ao conceituar o que seria a classe-que-vive-do-trabalho, Ricardo Antunes (2009, 101 a 115) espreia ainda mais a população nestas condições quando tematiza acerca do trabalho não assalariado; e, mais particularmente, sobre a divisão sexual do trabalho, incorporando também o trabalho não remunerado, extra assalariado, cujo exemplo é o trabalho doméstico realizado pelas mulheres que, mesmo trabalhando como assalariadas, o fazem também no espaço doméstico como não assalariadas.

A respeito da precarização do trabalho feminino, preleciona:

Atualmente vivencia-se um aumento significativo do trabalho feminino, que atinge mais de 40% da força de trabalho em diversos países avançados e tem sido absorvido pelo capital, preferencialmente no universo do trabalho *part time*, precarizado e desregulamentado. No Reino Unido, como já vimos, o contingente feminino superou recentemente o masculino na composição da força de trabalho.

O mesmo autor pontua que o mundo do trabalho sofreu transformações e metamorfoses nas últimas décadas, (2009, p. 207):

Verificou-se uma desproletarização do trabalho industrial, fabril, manual, especialmente (mas não só), nos países de capitalismo avançado. Por outro lado, ocorreu um processo intensificado de subproletarização, presente na expansão do trabalho parcial, precário, temporário, que marca a sociedade dual no capitalismo avançado. Efetivou-se também uma expressiva terceirização do trabalho em diversos setores produtivos, bem como uma enorme ampliação do assalariamento no setor de serviços; verificou-se igualmente uma significativa heterogeneização do trabalho manual, industrial e fabril; heterogeneização, subproletarização e precarização do trabalho.

Acrescenta que há um múltiplo processo que envolve a desproletarização da classe-que-vive-do-trabalho e uma subproletarização do trabalho, convivendo, ambas, com o desemprego estrutural.

O intenso processo de terceirização de serviços ou de etapas do processo produtivo, através da subcontratação e do assalariamento sem registro na Carteira de Trabalho, da informalização, da flexibilização das relações sociais no mundo do trabalho, o capitalismo adquiriu, através da mão-de-obra feminina, um importante papel estruturador. Deve-se a isso, o aumento da capacidade do capital multinacional de levar para cidades e países subdesenvolvidos os sistemas fordistas de produção em massa, e ali explorar a força de trabalho feminino, extremamente vulnerável em condições de remuneração baixa e pouca segurança no emprego.

## CONCLUSÃO

Na decisão analisada nesse texto, os julgadores relembram que na atual etapa de evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação permeia ou deve permear todo o ordenamento jurídico nacional e internacional.

Os Estados devem abster-se de realizar ações que de alguma forma sejam destinadas, direta ou indiretamente, a criar ou manter situações de discriminação dos seus cidadãos. Nesse sentido, a Convenção Americana, na obrigação geral estabelecida no artigo 1.1 refere-se ao dever do Estado de respeitar e garantir “sem discriminação” os direitos constantes da Convenção, ao passo que, no artigo 24 protege o direito a “igual proteção da lei”, ou seja, o artigo 1.1 garante que todos os direitos convencionais sejam assegurados sem discriminação, ao passo que o artigo 24 ordena que não se dispensem tratamentos desiguais nas leis internas de cada Estado ou em sua aplicação.

Constata-se na decisão em foco que a Corte vem esposando o entendimento de que “os Estados têm a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentações discriminatórias, eliminar

as regulamentações de caráter discriminatório, combater as práticas desse caráter e estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e assegurem a efetiva igualdade de todas as pessoas perante a lei”.

No caso da Fábrica de Fogos, a Corte analisou as violações perpetradas à luz dos artigos 1.1 e 24 da Convenção e constatou que ocorreu discriminação das vítimas, tanto por sua condição de mulheres e afrodescendentes, quanto pela situação de pobreza, bem como pela falta de adoção de medidas de ação positiva para garantir os direitos sociais e trabalhistas das vítimas. Restou evidenciado na sentença que o Estado brasileiro tem obrigação de adotar medidas e políticas sociais para mitigar a desigualdade estrutural dos seus cidadãos e cidadãs.

Em diversas decisões a Corte pontuou como a interseccionalidade de vulnerabilidades agrava a discriminação e impede o acesso à Justiça e ao devido processo legal. No caso analisado nesse texto, chama especial atenção a demora processual de 22 anos para solução dos casos e ausência de reparação aos danos causados às vítimas e seus familiares, evidenciando, assim, a omissão e falha do Estado brasileiro na punição dos culpados e na garantia de direitos que são alçados como fundamentais em nossa Constituição Federal.

A Corte entendeu que as mulheres e crianças vítimas do acidente viviam inseridas em um contexto de pobreza, fora do alcance de políticas sociais do Estado, sobretudo de acesso à educação formal, e, por isto, eram demasiadamente discriminadas na sociedade, inclusive com a pecha de não serem pessoas confiáveis nem para o serviço doméstico. Essa interseccionalidade dos preconceitos de raça, gênero e classe pesavam sobre as vítimas e lhes impediam o acesso a um trabalho digno e não precarizado.

O precedente firmado com essa decisão é histórico, pois reconhece o racismo e a pobreza estrutural do nosso país. Há um

reconhecimento de que a população afrodescendente, principalmente as mulheres, sofre uma discriminação histórica por parte da sociedade e do Estado e isto tem raízes na escravidão experimentada pelos seus ascendentes.

Verificou-se ao longo desse texto que um dos elementos fundamentais para a análise da relação entre o mundo do trabalho e a inserção das mulheres neste processo é a divisão sexual do trabalho, que está na base social da opressão e da desigualdade, revelando o quanto é útil para o capitalismo a permanência da hierarquia entre os sexos, raça e classe social.

Constata-se, portanto, que o capital oprime de forma diferente os homens e as mulheres. E no caso analisado, vitimou mais mulheres do que homens devido à interseccionalidade de suas vulnerabilidades. Necessário se faz, portanto, a abolição da opressão do capital contra o ser humano em geral, rompendo-se, necessariamente, com a opressão patriarcal e do capital infligidas sobre a mulher trabalhadora, ainda mais agravada quando se considera a mulher negra e pobre.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAT, 2013. **A importância da Igualdade de Gênero no Mundo do Trabalho.** Disponível em: <http://www.abrat.adv.br/index.php/noticias/3499-oit--a-importancia-da-igualdade-de-genero-no-mundo-do-trabalho?highlight=WyJnXHUwMGVhbmVybyJd>

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho.** São Paulo: Boitempo, 2009.

ARUZZA, Cinzia. **Feminismo para 99%: Um manifesto.** 1ª. Ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

AKOTIRENE, Carla. **O Que é Interseccionalidade** . Editora Letramento. Editora Letramento, 2018.

BATTACHARYA, Thiti. **O que é a Teoria da Reprodução Social?:** Artigo originalmente publicado em 10 set. 2013 no periódico Socialist Worker. Tradução de Maíra Mee Silva e revisão técnica de Mariana Luppi. [http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2019/09/04\\_Bhattacharya.pdf](http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2019/09/04_Bhattacharya.pdf). Acesso em 14 de Janeiro de 2021.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo Sexo: Mitos e Lendas.** 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades. Limites da Democracia no Brasil.** 1ª. Ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRONZO, Carla. SILVA, Marina. **Desigualdade de Gênero na Pobreza e três pontos para o seu enfrentamento.** Disponível em: <http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p=1534>. Acesso em 03/10/2021.

CEDAW, 2012. **Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Observações Finais sobre o Brasil,** UN Doc. CEDAW/C/BRA/CO/7, 23 de março de 2012, par. 26.

CIDH, 1969. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em 02/02/2021

CDIH, 1994. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Eradicar a Violência contra a Mulher – Convenção Belém do Pará.** Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>

CIRNE, Mila. **Gênero, divisão sexual do trabalho e Serviço Social.** 2ª. Edição. São Paulo: Outras Expressões, 2015.

COMPROMISSO E ATITUDE, 2012. **Convenções e Tratados Internacionais.** Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/>

[category/legislacao-convencoes-e-normas/convencoes-e-tratados-internacionais/](#). Acesso em 26 de Setembro de 2021.

CORTEIDH, 2020. **Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesus y sus Familiares Vs. Brasil**. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_407\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf). Acesso em 02/10/2021.

DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe**. 1ª. Edição. São Paulo: Boitempo, 2016.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa. Mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Ed. Elefante, 2017.

GUIRALDELLI, R. **Adeus à divisão sexual do trabalho? Desigualdade de gênero na cadeia produtiva da confecção**. Sociedade e Estado, v. 27, n. 3, p. 709-732, 2012.

HIRATA, Helena; SEGNINI, Liliana (Orgs.). **Organização, trabalho e gênero**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.

HIRATA, H. & KERGOAT. **Novas configurações da divisão sexual do trabalho**. Cadernos de Pesquisa, v. 37, n. 132, 2007, p. 595-609.

MARX, K. **O Capital: Crítica da Economia Política, Livro I, Vol. I: o processo de produção do capital**. São Paulo: Global, 1989.

MAZZUOLI, Valério; FACHIN, Melina. 2020. **Um dia que dura décadas: Brasil não pune violação a direitos humanos**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/11/10/um-dia-que-dura-decadas/>. Acesso em 18/12/2021.

MELO FILHO, Hugo. **Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica: homenagem ao professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, volume 1**. São Paulo: LTR, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OAS, 1970. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em : <https://www.oas.org/dil/port/1979%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20contra%20as%20Mulheres.pdf>. Acesso em 28/09/2021

OIT, 1952. **Convenção nº 103 – Amparo à Maternidade**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_235193/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm). Acesso em 28/09/2021.

OAB-BA, 2020. **Com participação da OAB-BA, CIDH condena o Brasil por explosão que deixou 64 mortos na Bahia**. Disponível em: <https://www.oab-ba.org.br/noticia/com-participacao-da-oab-ba-cidh-condena-brasil-por-explosao-que-deixou-64-mortos-na-bahia>. Acesso em 03/10/2021.

STF, 2008. **Acórdão do Recurso Extraordinário nº 466.343**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 30/09/2021.



# **CAPÍTULO 6**

## **SENDO RAZOÁVEL: UMA APROXIMAÇÃO PRAGMÁTICA E ARGUMENTATIVA AOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

Diego Ranier dos Santos Silva Macêdo<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Currículo Lattes <<http://lattes.cnpq.br/3174754047516530/>>.

**R**esumo: Os conceitos jurídicos indeterminados são uma questão de extrema controvérsia no direito brasileiro. Tal controvérsia não se restringe aos debates essencialmente teóricos, sendo, também, questão de extrema aplicabilidade no cotidiano forense em âmbito judicial e extrajudicial. Portanto, o presente artigo visa, ainda que de forma incipiente, a um estudo acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, de modo a explorar as suas possíveis repercussões no âmbito da filosofia da linguagem, em específico na corrente pragmatista, assim como a explorar os usos práticos desses conceitos indeterminados no direito sob as lentes da lógica informal e da teoria da argumentação.

**Palavras-chave:** Conceitos jurídicos indeterminados. Filosofia da linguagem. Pragmatismo. Lógica Informal. Teoria da argumentação.

**Abstract:** *Undetermined legal concepts are an extremely controversial issue in brazilian law. Such controversy is not restricted to essentially theoretical debates but is also a matter of extreme applicability in everyday life in the forensic and extrajudicial spheres. Therefore, the present article aims, even if incipiently, a study about the indeterminate legal concepts in order to explore its possible repercussions in the philosophy of language, specifically in the pragmatist current, as well as exploring the practical uses of these indeterminate concepts in law under the lenses of informal logic and argumentation theory.*

**Keywords:** *Undetermined legal concepts. Philosophy of language. Pragmatism. Informal logic. Argumentation theory.*

## INTRODUÇÃO

Indiscutivelmente, a temática dos conceitos<sup>1</sup> jurídicos indeterminados é controversa. Por ser tratar de um problema que permeia várias áreas do direito brasileiro, ainda que partam de alguns pontos em comum, há particularidades que concernem a suas respectivas áreas. Todavia, ainda que existam questões, bem como problemas específicos para serem resolvidos, alguns pontos perpassam as barreiras jurídicas das áreas e sub-áreas do direito, sendo, portanto, ferramentas fundamentais que podem vir a ser úteis para melhor entender o que seriam os conceitos jurídicos indeterminados, bem como, também, excelentes ferramentas para o raciocínio jurídico e resolução de problemas presentes no direito, um deles o manejo, no cotidiano forense, dos conceitos jurídicos indeterminados.

Todavia, não é o nosso foco o trato às questões essencialmente dogmáticas concernentes a essa problemática. Propomos apresentar uma abordagem pragmático-linguística, no nível teórico, sobre os conceitos jurídicos indeterminados; já em termos práticos, trataremos sobre tal temática sob a ótica da lógica informal e da teoria da argumentação.

Para alcançar tal objetivo, em um primeiro momento, apresentar-se-á, de forma breve e sucinta, o atual estado da arte, sob a ótica de autores do direito administrativo, acerca da questão dos conceitos jurídicos indeterminados. Realizado isso, exploraremos aspectos como a ambiguidade e a vagueza em termos e expressões presentes nas normas jurídicas, inerentes aos conceitos jurídicos

1 Aqui, faz-se uma observação à palavra “conceitos”, empregada por doutrinadores acerca do tema em comento. Os conceitos são pensamentos, não se definem. Os termos são palavras que precisam ter seus significados fixados, justamente, por definições. Logo, é mais adequado utilizar “Termos”, e não “Conceitos” na maioria das discussões. No entanto, para facilitar a compreensão do que se apresenta, quando não for estritamente necessário, usar-se-á “conceito”. Segundo (KRELL, 2004, p. 22), os principais autores em direito administrativo no Brasil tendem a divergir bastante entre si. Todavia, traremos uma leitura sem destacar essas divergências, com o escopo de apresentar, apenas, alguns pontos de convergência no que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados.

indeterminados. Ultrapassado esse segundo momento, apresentaremos como os fundamentos segmentados nos estudos presentes na lógica informal e na teoria da argumentação podem auxiliar na resolução de problemas (e.g. fundamentação de decisões em geral, seja em esfera judicial ou extrajudicial) nos casos em que estejam em discussão conceitos jurídicos indeterminados.

## **Direito administrativo e conceitos jurídicos indeterminados**

Conforme mencionado na seção anterior, os conceitos jurídicos indeterminados são questões que perpassam os ramos do direito, sendo um problema geral e não adstrito a determinada área. Ainda que, pela natureza do direito, existam particularidades na interpretação das normas jurídicas correspondentes, a tônica do problema permanece equalizada. No entanto, nosso esforço nesta seção se baseia em apresentar algumas importantes noções sobre os conceitos jurídicos indeterminados sob os auspícios de autores administrativistas.

Na inteligência de KRELL (2004, p. 47), os conceitos jurídicos indeterminados, no âmbito do direito administrativo, bem como a discricionariedade da administração pública são fenômenos de uma mesma causa: do processo de abertura de margens de decisões para os órgãos administrativos. Contudo, é necessário ressaltar que a discricionariedade no âmbito da administração pública não será tratada, ao menos em primeiro plano, nestas linhas. Ainda que conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade estejam correlacionados (e se reconhece isso), traremos algumas definições de autores do direito administrativo acerca do tema, sem adentrar, de forma mais aprofundada, sobre o tema da discricionariedade.

Se compararmos com a discussão da temática dos conceitos jurídicos indeterminados em outros países (com especial atenção para

o direito germânico, o francês, o espanhol, o italiano e o europeu), não houve muito desenvolvimento acerca destes conceitos jurídicos em solo nacional (GROTTI, 2000, p. 18).

Na inteligência de MELLO (2014), os cientistas do direito que compõem o corpo doutrinário dos países citados tratam os conceitos jurídicos indeterminados como referente a conceitos “vagos”, “imprecisos”, “elásticos”, “fluidos”, “indeterminados” ou, então, “práticos”, em contraposição àqueles que têm sentido “determinado” ou preciso (MELLO, 2014, p. 995). Este autor continua, no sentido de mostrar que esses “conceitos práticos” estão relacionados ao fenômeno da discricionariedade no âmbito da administração pública (MELLO, 2014, p. 996). Desta forma, MELLO afirma que questões fáticas anteriores legitimam prática de um determinado ato, e esses antecedentes não possuem sentido devidamente limitado, sendo, portanto, vagos e imprecisos, e caberá à administração pública a tarefa de lhes determinar sentido nos casos concretos (por óbvio, respeitando limites) (2014, p. 996). Para MELLO (2014) os questionamentos acerca da determinabilidade dos conceitos jurídicos têm como ponto inicial a adoção de critérios não objetivos (que não podem ser traduzidos de forma numérica ou quantificados de alguma outra forma). A não adoção de critérios desta espécie quase sempre deságua em um “retorno de conceitos práticos, sempre duvidosos” (MELLO, 2014, p. 997). Para MELLO, ainda que os conceitos jurídicos indeterminados ou práticos possuam imprecisão na delimitação de seu sentido, esta não é absoluta, mas de ordem relativa<sup>2</sup> (2014, p. 1001-1002).

Raciocina PIETRO que os conceitos jurídicos indeterminados são “vocábulos plurissignificativos ... que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e

<sup>2</sup> Conforme raciocínio presente em MELLO: “Nunca existe imprecisão absoluta, por mais vagas e fluidas que sejam as noções manipuladas pela lei. Sobretudo dentro de um sistema de normas, há sempre referenciais que permitem circunscrever o âmbito da significação das palavras vagas e reduzir-lhes a fluidez a um mínimo” (2014, p. 1001-1002).

conveniência administrativa” (2020, p. 494). Desta forma, prossegue no sentido de que, por não terem “conteúdo preciso ou matemático” (PIETRO, 2020, p. 211), expressões presentes na legislação brasileira como, e.g. “necessidade pública”, “interesse social”, “urgência”, “dignidade da pessoa humana” dentre outras, em processos judiciais, deverão ser devidamente definidas. Ainda há certa dissonância na doutrina, pois que PIETRO (2020) verifica que há duas correntes com diferentes concepções.

De um lado, há os que defendem a posição de que os conceitos jurídicos indeterminados não concedem à administração pública discricionariedade, em virtude do exercício do direito pela administração e, neste caso, tratar-se-ia de “um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível” (PIETRO, 2020, p. 495). De forma contrária, ainda há os que sustentam que os conceitos jurídicos indeterminados possibilitam que a administração pública aja de forma discricionária (desde que os conceitos em discussão tratem de questões valorativas<sup>3</sup>). *In casu*, conceitos técnicos e conceitos das experiências não admitiriam outras definições (PIETRO, 2020, p. 495). Por imposição legal, seja em esfera administrativa ou em esfera judicial, o magistrado ou a autoridade competente para julgar o processo em trâmite deve observar<sup>4</sup> as consequências<sup>5</sup> das suas decisões, conforme prescreve o caput do art. 20, da Lei de Introdução

3 Sobre tal ponto, a leitura de (GROTTI, 2000) é muitíssimo salutar. Segundo o autor: “Na hipótese de conceitos de valor, a existência da discricionariedade não significa liberdade total, isenta de qualquer limite. Neste caso e no anterior é que começa a dificuldade em definir onde termina a interpretação e começa a discricionariedade” (2000, p. 20).

4 “Por isso mesmo, o tratamento da matéria deve ser o mesmo que se adota com relação aos conceitos jurídicos indeterminados: o Judiciário somente pode atuar em zonas de certeza positiva ou negativa. E deve analisar com muita cautela os pedidos formulados, seja quanto à matéria de fato em que se fundamentam, seja quanto à razoabilidade em relação ao fim que se pretende alcançar”, como apontado por PIETRO (2020, p. 1700).

5 Acerca dos impactos referentes aos riscos do processo, recomenda-se a leitura de SUNDFELD; VORONOFF, 2018. Em linhas gerais, o artigo se dispõe a investigar os desdobramentos provenientes do art. 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, introduzido por intermédio da Lei nº 13.655/2018. Tal novidade jurídica determinou e regulou, em caráter geral, para o direito público, a compensação de prejuízos ditos anormais e injustos e de benefícios indevidos nos processos administrativos e judiciais. Dessa forma, esse modelo de litigação responsável pressupõe, também, o uso razoável dos conceitos jurídicos indeterminados. A relação entre o Direito e a linguagem é de vinculação essencial. Não existe o Direito sem a linguagem, da mesma maneira que não existe o pensamento fora da linguagem. Trata-se, pois, de uma relação mais intensa que a de mera sustentação.

às Normas do Direito Brasileiro (PIETRO, 2020, p. 249). Ainda nesse pensamento, aduz PIETRO (2020, p. 249) que, no processo decisório, a autoridade julgadora deverá considerar os efeitos da sua decisão (de forma que deverá se nortear pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade) no caso concreto, a aproximar o sentido atribuído ao conceito jurídico indeterminado da realidade da situação disposta. A autora aponta a ausência de critérios minimamente objetivos que ofereçam balizas definidoras a modo de demonstrar o “núcleo duro”, *i.e.* o aspecto essencial do conceito indeterminado (PIETRO, 2020, p. 1700).

Formula FILHO (2019, p. 156) que os conceitos jurídicos indeterminados constituem-se enquanto termos ou expressões que carecem de maior exatidão para se poder determinar o seu sentido. Consequentemente, por serem eivados de ambiguidade e vagueza, o intérprete da norma jurídica deverá, no caso concreto, determinar o sentido do termo ou expressão que necessita de limitação, de modo que a norma seja aplicada no caso concreto, “cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito” (MORAIS, 2004 apud FILHO, 2019, p. 39). Nessa toada, a natural ausência de objetividade de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados gera, consequentemente, mecanismos que acabam por atuar a fim de nortear a aplicação de normas a cujo conteúdo seja razoável admitir interpretações múltiplas (FILHO, 2019, p. 157). Normas jurídicas como o princípio da razoabilidade, bem como o princípio da proporcionalidade incidem no sentido de orientar o aplicador da norma a não extrapolar os escopos da sua interpretação, de modo a evitar, portanto, excessos na aplicação do direito (FILHO, 2019, p. 157). Isto é, “a razoabilidade representa uma barreira de

contenção, ou seja, um limite contra condutas irrazoáveis”, conforme proposto por FILHO (2019, p. 157).

Para MORAIS (2004 *apud* KRELL, 2004, p. 44), há a distinção entre conceitos legais indeterminados “classificatórios” (esses são sujeitos a total revisibilidade judicial), conceitos legais indeterminados “verdadeiramente indeterminados” (controle judicial limitado) e conceitos legais indeterminados “atributivos de discricionariedade” (controle judicial limitado); são oriundos, precipuamente, da imprecisão da linguagem presente na legislação ou da clássica “análise do caso concreto”. Para KRELL (2004), segundo o raciocínio mencionado anteriormente, os conceitos em que a sua indeterminação seja oriunda de uma imprecisão linguística ou da avaliação de uma situação concreta que variará a depender do tempo ou lugar, seriam, nesse caso, vinculados e sindicáveis pelos tribunais.

Apresentadas essas ideias, prosseguir-se-á à análise pragmática dos conceitos jurídicos indeterminados. Autores como MELLO (2014), GROTTI (2000, p. 01) e KRELL (2004, p. 38) se inspiraram na lição de SAINZ (1976, p. 97):

Em outras palavras, é inescusável a possibilidade do exame de institutos ou questões jurídicas que, à primeira vista, não oportunizam uma análise jurídica. A vinculação do direito à linguagem não se dá de forma superficial ou, então, um mero suporte fático: é a sua própria constituição.

## **Conceitos jurídicos indeterminados sob uma ótica pragmática**

Há de se distinguir o “pragmatismo” da “pragmática”, no seguinte sentido: o pragmatismo pode ser definido como uma corrente filosófica que, basicamente, parte do estudo dos efeitos das práticas

humanas e não sob aspectos essencialmente anteriores a esses efeitos. Uma definição mais completa é apresentada por LEGG e HOOKWAY da seguinte forma:

O pragmatismo é uma tradição filosófica que - de forma muito ampla - entende o conhecimento do mundo como inseparável da agência dentro dele. Esta ideia geral tem atraído uma gama de interpretações notavelmente rica e às vezes contrária, incluindo: que todos os conceitos filosóficos devem ser testados através da experimentação científica, que uma afirmação é verdadeira se e somente se for útil (relacionado: se uma teoria filosófica não contribui diretamente para o progresso social, então, não vale muito), que a experiência consiste em transacionar com, em vez de representar a natureza, que a linguagem articulada repousa sobre um leito profundo de práticas humanas compartilhadas que nunca podem ser totalmente “explicitadas”<sup>6</sup>. Tradução Livre. (2021, p. 01).

Daí podem decorrer discussões sobre a natureza do direito, que são reduzidas à prática jurídica e que já geraram uma plêiade de correntes doutrinárias. Outra questão, a que aqui interessa, é a posta por NAESS e GULLVÅG (2006, p. 56): a pragmática se refere aos conceitos e estudos abstraídos do efetivo uso; essa corrente trata a linguagem enquanto um complexo sistema de relações entre as expressões e os seus significados.

Sob os augúrios de WALTON; MACAGNO; SARTOR (2021, p. 97), a ambiguidade, no contexto jurídico, é uma matéria que deve ser observada sob a ótica da interpretação. Dessa forma, ambiguidade em âmbito legal pode ser definida como o faz SOLAN:

Os tribunais às vezes definem a ambiguidade desta forma: “Um estatuto é ambíguo se for suscetível de mais de uma interpretação razoável”. A mesma descrição é usada para descrever ambiguidade contratual: “Na tentativa de interpretar tais planos, nossa primeira tarefa é para determinar se o contrato em

6 No original, teríamos: “Pragmatism is a philosophical tradition that - very broadly - understands knowing the world as inseparable from agency within it. This general idea has attracted a remarkably rich and at times contrary range of interpretations, including: that all philosophical concepts should be tested via scientific experimentation, that a claim is true if and only if it is useful (relatedly: if a philosophical theory does not contribute directly to social progress then it is not worth much), that experience consists in transacting with rather than representing nature, that articulate language rests on a deep bed of shared human practices that can never be fully ‘made explicit’”.

questão é ambíguo ou não ambíguo. A linguagem do contrato é ambígua se for suscetível a mais de uma interpretação razoável<sup>7</sup>. Tradução livre. (SOLAN, 2004 apud WALTON; MACAGNO; SARTOR, 2021, p. 97).

Como se verifica aí, a ambiguidade é um problema de interpretação, visto que o conceito (ou termo) objeto da interpretação possibilita a aplicação de múltiplos significados ou sentidos associados a seu uso. Dessa forma, para os intérpretes do direito, em um contexto litigioso (todavia, para que se tenha um entrave, não é necessário que o âmbito da discussão seja judicial, tampouco contencioso) as diferentes interpretações causam dificuldades para a efetiva aplicação do direito no caso concreto. Para dirimir tais dúvidas, WALTON, MACAGNO e SARTOR (2021, p. 97) ressaltam a importância de se fixarem alguns conceitos (ou definições de termos), em especial os de: interpretação, ambiguidade, significado comum e, por derradeiro, vagueza<sup>8</sup>.

A ambiguidade e a vagueza estão diretamente relacionadas a conceitos (ou termos) indeterminados. Isto é, não há obstáculos em afirmar que os conceitos jurídicos indeterminados, antes de tudo, são um problema de significado. Por serem indeterminados, a depender do conceito em análise, são: polissêmicos ou homônimos. NAESS e GULLVÅG definem ambiguidade como “o uso real de uma expressão para expressar vários significados diferentes, ou então como a possibilidade de uma expressão ser usada ou compreendida de várias maneiras diferentes”<sup>9</sup> (2006, p. 57). Ainda segundo NAESS e GULLVÅG (2006), quando se enfatiza a variação no uso real no contexto definido, a ambiguidade é construída como um conceito

7 Do original: “Courts sometimes define ambiguity this way: “A statute is ambiguous if it is susceptible of more than one reasonable interpretation.” The same description is used to describe contractual ambiguity: “In attempting to interpret such plans, our first task is to determine if the contract at issue is ambiguous or unambiguous. Contract language is ambiguous if it is susceptible to more than one reasonable interpretation”.

8 Trataremos, nesta oportunidade, sobre os conceitos jurídicos indeterminados sob uma perspectiva pragmática sobre, primordialmente, o riquíssimo pensamento de Douglas Walton.

9 Do original, tem-se: “Ambiguity is sometimes defined as the actual use of an expression to express several different meanings, or else as the possibility for an expression to be used or understood in several different ways”

pragmático, e não como um conceito semântico. A vagueza é definida por NAESS e GULLVÅG (2006, p. 66) como a existência ou possibilidade de existência de casos limítrofes (verdadeiras zonas de penumbra), gerando, dúvidas de significados<sup>10</sup>. WALTON (2008, p. 290) adota definição similar acerca do que seriam os termos vagos, definindo ambiguidade como a polissemia de significados<sup>11</sup>, bem como, acerca da vagueza<sup>12</sup>.

Em alguns contextos (em especial os que se situam em um diálogo argumentativo), os termos podem padecer de ambiguidade ou vagueza (como ocorre, muitas vezes, nos litígios judiciais). Nestas ocasiões, nem sempre pode-se dizer que existam problemas quanto à interpretação do conceito ou expressão a ser discutida. Entretanto, em alguns outros casos, pode-se ter complexas discussões acerca da ambiguidade ou da vagueza inerente a um termo indeterminado. Como é sabido por todos, muitas palavras em linguagem natural tendem a ser vagas ou ambíguas, muitas vezes há espaço para discussão sobre como um termo deve ser melhor definido. De fato, palavras e frases são frequentemente usadas, definidas ou até mesmo inventadas por uma das partes em uma disputa judicial ou extrajudicial de tal

10 Na lição mencionada, temos, em uma tradução livre: "a vagueza é comumente definida em termos da existência ou possibilidade de existência de casos limite, e um caso limite para uma expressão P é um objeto ou estado de coisas x tal que a afirmação, bem como a negação de P em relação a x é essencialmente duvidosa". No original, tem-se: "vagueness is commonly defined in terms of the existence or possible existence of borderline cases, and a borderline case for an expression P is an object or state of affairs x such that the affirmation as well as the denial of P in relation to x is essentially doubtful".

11 Mais especificamente, WALTON elucida que: "a term is said to be ambiguous if it has more than one meaning. For example, the term 'bank' is ambiguous. It could mean 'savings bank' in one context, but it could also mean 'river bank' in another context. Sometimes a whole sentence can be ambiguous. Amusing examples of sentence ambiguity sort are often found in newspaper headlines that have an unintended interpretation" (2008, p. 290). Em uma tradução localizada, tem-se: "diz-se que um termo é ambíguo se tiver mais de um significado. Por exemplo, o termo "banco" é ambíguo. Pode significar "banco/instituição financeira" em um contexto, mas também pode significar "banco/assento" em outro contexto. Às vezes, uma frase inteira pode ser ambígua. Exemplos divertidos de frases ambíguas são frequentemente encontrados em manchetes de jornais que têm uma interpretação não intencional".

12 Conforme se verifica em WALTON: "a term is said to be vague if there exist borderline cases where it is not clear whether the term correctly applies to the case. For example, the term 'rich' is vague. If a man has eight hundred thousand dollars as his total assets, some would say he is rich. But if the conversation were among a group of billionaires during a meeting of the Oil Magnates' Club, such a man would not be called rich" (2008, p. 291). Em uma tradução livre, teríamos: "diz-se que um termo é vago se existem casos limítrofes onde não está claro se o termo se aplica corretamente ao caso. Por exemplo, o termo "rico" é vago. Se um homem tem oitocentos mil dólares como seu patrimônio total, alguns diriam que ele é rico. Mas se a conversa fosse entre um grupo de bilionários durante uma reunião do Clube dos Magnatas do Petróleo, tal homem não seria chamado de rico".

forma a atacar um argumento proposto ou, então, dar razões às suas pretensões.

A depender do contexto, criam-se interpretações acerca de objetos com conceitos aparentemente definidos. É o exemplo dos sanduíches<sup>13</sup>. O que viria a ser, de fato, um sanduíche? Um critério que poderia ser adotado, no caso, é se a comida em questão, em sua estrutura, possui entre duas bandas de pão alguma proteína. Ainda que possa parecer óbvio, diferentes estados adotam critérios próprios, criando, para a palavra “sanduíche”, definições diferentes que podem levar a conceitos dissonantes (DEBCZAK, 2018).

Todavia, como bem colocado por WALTON (2008, p. 292), “a vagueza e a ambiguidade não podem ser totalmente eliminadas”, bem como, “completamente intoleráveis ou sempre são destruidoras da razoabilidade do argumento”. Entretanto, ainda que haja questões a serem observadas, a fim de que se gerem outros problemas para o argumento (decorrentes de falhas na comunicação ou do contexto em que a disputa se situa), ainda que, como mencionado anteriormente, não se possa eximir de um conceito naturalmente vago ou ambíguo tais adjetivos, o proponente deve indicar, ao menos, uma definição minimamente precisa para os termos que usa em seu argumento.

Sob essa perspectiva, em litígios judiciais ou em processos administrativos<sup>14</sup>, a análise de termos ou conceitos jurídicos indeterminados se torna uma ferramenta valiosa. O estudo das falácias que incidem, especificamente, sobre a indeterminação de conceitos é uma das formas de os atores processuais (ou melhor, dos participantes do diálogo argumentativo) explicitarem de forma mais eficiente seus argumentos em seu mister. Trataremos, no tópico a seguir, de como será

<sup>13</sup> Uma discussão bastante comum no direito norte americano, conforme se pode ler em DEBCZAK (2018). Basicamente, por questões tributárias, surgiu a necessidade de se definir o que de fato é um sanduíche. Um cachorro-quente é um sanduíche? E um burrito? E um misto-quente?

<sup>14</sup> Trata-se de questão aplicável em qualquer contexto dialógico argumentativo.

possível utilizar essa ferramenta analítica, atendo-nos, especialmente, ao contexto judicial.

## **Questões a serem consideradas em decisões judiciais fundamentadas**

Segundo WALTON,

“vagueza e ambiguidade não são inerentemente más em si mesmas, mas podem surgir problemas e confusões devido a desacordos e mal-entendidos sobre as definições de palavras ou frases controversas em uma discussão”<sup>15</sup>. Tradução livre. (2008, p. 20).

Ainda que não conheça a legislação nacional, o raciocínio de WALTON se aplica à legislação processual civil brasileira. No Código de Processo Civil, o legislador define, no art. 489, §1º, I ao VI, as hipóteses em que não são consideradas fundamentadas as decisões, i.e. decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, que: (1) limitem-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (2) empreguem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (3) invoquem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra Decisão; (4) não enfrentem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (5) se limitem a invocar enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e (6) deixem de seguir enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>15</sup> No original: “vagueness and ambiguity are not inherently bad in themselves, but problems and confusions can arise because of disagreements and misunderstandings about the definitions of controversial words or phrases in an argument”.

Logo, a partir da leitura do texto presente no art. 489, §1º, inciso II, o magistrado tem o dever, em processos judiciais em que a decisão (interlocutória, sentença ou acórdão) empregue conceitos jurídicos indeterminados, de apresentar o motivo concreto de sua incidência no caso em litígio, sob pena de não ser considerada fundamentada. Ou seja, em outras palavras, o Magistrado que se furtar de apresentar o motivo da incidência de conceitos jurídicos indeterminados<sup>16</sup> prolatará uma decisão cuja fundamentação possuirá vício.

A definição das coisas pelos seres humanos remonta aos tempos imemoriais (PLEBE; EMANUELE, 1992, p. 48). Os gregos, em especial Sócrates e Platão, como bem narrado nos diálogos platônicos, preocupavam-se com a necessidade da definição adequada de temas como: o que é o Belo? Ou o que é a Justiça? Quando confrontados com definições que não se encaixavam nos conceitos idealizados, seja por contradições, seja por falta do desenvolvimento da proposição, imbuídos de método, dialogavam com o escopo de se alcançar alguma definição adequada. Essa breve digressão ilustra que, na atividade judicante, o Magistrado deve definir os conceitos empregados. Os trabalhos de Sócrates e Platão comparados aos de um Magistrado apresentam dificuldades completamente diferentes, sendo inegável que o Magistrado está em situação em que a solução é mais fácil de ser alcançada, pois os conceitos jurídicos, mesmo os de difícil conceituação ou de controvérsia doutrinária ou jurisprudencial, têm definição. Pode não ser “a definição”, mas é uma definição.

Se enxergarmos um argumento, enquanto interação humana, como um jogo, utilizar falácias, de forma consciente ou inconsciente,

<sup>16</sup> Sob tal ótica, CÂMARA afirma que: “Como sabido, há conceitos jurídicos que são vagos, de definição imprecisa, caracterizando-se por uma fluidez que não permite o estabelecimento exato de seu significado. Resulta daí uma imprecisão semântica que faz com que seja preciso, em cada caso concreto, estabelecer-se as razões que levam à sua aplicação. É que diante desses conceitos indeterminados não se consegue estabelecer, *a priori*, as situações que se enquadrariam na sua fórmula. É isto que acontece com conceitos como ordem pública, interesse público, justa indenização, entre outros. Impende, assim, em cada caso concreto em que se tenha de aplicar um desses conceitos, que o órgão jurisdicional indique os parâmetros empregados em sua interpretação, estabelecendo o motivo concreto pelo qual é ele aplicado - nos termos em que compreendido - no caso concreto”. (2019, p. 283).

gera uma “penalidade”. Segundo WALTON (2006, p. 22), o diálogo persuasivo possui dois tipos de regras: as regras positivas e as regras negativas. As regras positivas “propiciam um modelo normativo de bom diálogo persuasivo, uma espécie de diálogo ideal em relação ao qual casos particulares de argumentação podem ser julgados” (WALTON, 2006, p. 22), isso é, são determinadas ações que devem acontecer e elementos que devem incidir, pois esses fomentam a qualidade do diálogo (ou do “argumento”). Mantendo a analogia com os jogos, as regras positivas são aspectos que elevam a pontuação do participante. Já as regras negativas exprimem “proibições, e violá-las pode resultar em diversos tipos de erros, falhas e deficiências de argumentação” (WALTON, 2006, p. 22), quer dizer, para se ter um bom argumento, o proponente não pode realizar determinadas ações, sob pena de receber penalidades. Essas falhas e erros, no bojo da argumentação, são as falácias<sup>17</sup>. Em TOULMIN<sup>18</sup>, essas formas de argumentação que “não soam bem” ou “desarrazoadas” são chamadas de falácias. Pode-se sumarizar o que fora dito em três pontos:

1. Segundo TOULMIN; RIEKE; JANIK (1984), muitas falácias resultam de formas inapropriadas ou afobadas de raciocínios, assim como de procedimentos argumentativos inadequados. Logo, não se pode afirmar que há um rol taxativo de falácias. O argumento é uma interação social, isto é, algo que milhares de pessoas fazem cotidianamente. Por isso, sempre surgem novos argumentos falaciosos.
2. Falácias são um assunto de extrema sutileza. Consequentemente, o estudo mecânico de questões tão sutis acaba sendo prejudicial ao entendimento. Por exemplo, muito se confunde o argumento do apelo à opinião do *expert* com a falácia lógica do apelo

17 Aqui, é necessário fazer algumas ressalvas. Para WALTON, “Algumas violações das regras negativas do diálogo se encaixam mais na categoria da tolice do que da falácia porque não são artifícios sistemáticos nem inteligentes para provar alguma coisa, mas simples erros ou lapsos que prejudicam ou enfraquecem a argumentação de quem os comete em vez de derrotar o oponente. Outros argumentos são incompletos porque não respondem adequadamente ao questionamento crítico do participante que deveria persuadir. Tais argumentos não são “falácias”. É melhor classificá-los como exemplos de argumentação fraca ou incompleta” (2006, p. 22). Faz-se essa ressalva com o intuito de explicitar que nem todo erro e/ou falha argumentativa é uma falácia. Esse tópico será aprofundado mais adiante.

18 TOULMIN; RIEKE; JANIK: “Somente algumas formas de construção de argumentos são amplamente reconhecidas como razoáveis em uma ampla variedade de campos, logo, há, também, certas formas de procedimentos argumentativos que são tradicionalmente considerados como desarrazoáveis. Tradução livre. (1984, p. 131). No original: “Just a certain widely accepted ways of constructing arguments are recognized as sounds across a wide range of fields, so too certain modes of procedure in argumentation have been traditionally recognized as unsound”.

à força ou *ad baculum*, ou, como também é chamado, “falácia do apelo à autoridade”. Há um oceano entre a opinião do *expert* e o apelo à autoridade, portanto, é necessário atentar-se a tais questões; e

3. O que determina a razoabilidade de determinados argumentos é o contexto em que eles estão inseridos. Logo, a depender do contexto, alguns argumentos podem ser falaciosos, mas razoáveis, e outros podem ser desarrazoados, mas falaciosos<sup>19</sup>.

A força persuasiva de um argumento encontra-se em como ele soa. Muitas vezes, ouvem-se argumentos em linguagem natural, em seus muitos contextos, e, pelo menos de início, aquilo que está sendo dito soa razoável. Entretanto, após alguns dias ou horas de reflexão, logo acende uma lâmpada sobre a cabeça do sujeito e ele pensa: “mas isso não faz sentido!” Claro, aqueles com olhos e ouvidos treinados chegam a esta conclusão de forma mais rápida e acertada. Todavia, concluir que um argumento é falacioso constitui apenas metade do problema. É necessário, então, demonstrar onde está a falácia para que se possa, eventualmente, refutar o propositor do argumento falacioso.

O propositor de um argumento falacioso o pode fazer por diversos motivos: por tolice, má-fé, ignorância. A depender da motivação em propor um argumento falacioso, a resposta do oponente pode ser variada. Logo, esse elemento de culpa ou do dolo é extremamente importante no argumento, pois ele define a reação de seus participantes. Afinal de contas, qual o intuito de discutir com alguém que sente “prazer em discordar”, e que não medirá esforços em ganhar o argumento, utilizando falácias de forma deliberada para que possa alcançar o seu objetivo tão espúrio?

É nessa esteira - de não ser enganado por argumentos aparentemente razoáveis - que se devem estudar falácias. Para tanto,

---

<sup>19</sup> TOULMIN; RIEKE; JANIK concluem que “Falácias são argumentos que aparentam ser persuasivos apesar de serem desarrazoados”. Tradução livre. (1984, p. 132). No original: “Fallacies are arguments that can seem persuasive despite being unsound”.

TOULMIN; RIEKE; JANIK (1984, p. 132) enumeram falácias típicas, de acordo com os elementos do modelo proposto:

1. Falácias que resultam da ausência de Razões;
2. Falácias que resultam de Razões irrelevantes;
3. Falácias que resultam de Razões incompletas;
4. Falácias que resultam de Garantias presumidas; e
5. Falácias que resultam de ambiguidades.

Apenas elencando os tipos de falácias, no contexto do modelo de TOULMIN, vê-se que elas ocorrem nas Razões e nas Garantias. Como dito na Introdução do presente, no modelo de TOULMIN, todos os elementos estão conexos, e seu funcionamento é dependente, isto é, para que se tenha um bom argumento e se alcance a Pretensão intentada, todos os elementos devem estar harmoniosos. A incidência de falácias quebra essa harmonia e funcionamento coligado. Para TOULMIN; RIEKE; JANIK (1984, p. 133), indagar se um argumento é falacioso - seguindo o seu modelo - é questionar as Razões da Pretensão, o que também questiona, pelo menos na maioria das vezes, a Garantia e o Respaldo do argumento.

Uma mesma palavra pode ter várias usos e significados. A palavra “Argumento”, por exemplo. A depender da situação, pode significar “raciocínio encadeado” ou “interações humanas”. Outro exemplo cabível é a palavra “Cadeira”. Cadeira pode significar o assento utilizando para sentar-se, assim como significa a matéria que um professor disciplina, ou, então, pode significar “quadril”. A palavra cadeira, por ser relativamente simples, não causa muita confusão em eventuais argumentos, mas palavras mais complexas como “Belo”, “Feio”, “Justiça”, “Bom” e “Ruim”, podem causar eventuais mal-entendidos. No contexto jurídico, utilizar termos como “Interesse público”, “perigo na demora”, “honra”, “grave ameaça”, dentre outros inúmeros termos, que, por sua conceituação complexa, assim

como diferentes significados, a depender do contexto, necessitam fixação quanto ao significado, gera ambiguidade. Assim, a depender da complexidade do argumento, o uso de palavras ou expressões pode dificultar o alcance da Pretensão almejada. Das falácias que resultam de ambiguidade, tem-se, geralmente: falácia do equívoco<sup>20</sup>, falácia do anfibólio<sup>21</sup>, falácia do *accentus*, falácia da composição e divisão e a falácia da figura de linguagem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma análise pragmática acerca de questões jurídicas, antes de tudo, procura a resolução de problemas. Consequentemente, em um primeiro momento, para discutir certos temas sob essa perspectiva, faz-se necessário adotar um referencial que se disponha a tratar temas do direito sob o ponto de convergência direito-linguística-dialética. Esse “tripé” forma a base que possibilita a investigação de diversos temas do direito sob uma abordagem argumentativa. Pode-se dizer, sem embargos, que WALTON; MACAGNO; SARTOR (2021) fornecem essa base. Todavia, trata-se de trabalho que os próprios autores reconhecem estar incompleto. Gradualmente, os debates e as propostas mitigam as indagações e aprimoram os raciocínios. Em virtude disso, como já se pode perceber, nunca se objetivou realizar arremate acerca da vagueza e da ambiguidade no direito; objetivou-se, contudo, adicionar um parágrafo a essa história.

À guisa do término destas considerações, frisa-se que, ainda que seja impossível, pelo menos no atual estado da arte, a desconsideração por total da vagueza e da ambiguidade no direito, ainda que soe insano para alguns, uma observação mais analítica às questões jurídicas não é nada desarrazoado.

<sup>20</sup> É o uso de palavras ambíguas por parte do proponente, em que ele não delimita o significado da palavra de sentido variante.

<sup>21</sup> Consiste no uso indevido da gramática. Seja de erros gramaticais, até a omissão de pontuações.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, A. F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DEBCZAK, M. **5 Ways to Define a Sandwich, According to the Law**. 2018. Section: Food. Disponível em: <<https://www.mentalfloss.com/article/501011/5-ways-define-sandwich-according-law>>

FILHO, J. d. S. C. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. ISBN 978-85-970205-3-3.

GROTTI, D. A. M. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Cadernos de direito constitucional e ciência política, v. 3, n. 12, p. 84-115, 2000.

KRELL, A. J. **A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil**. p. 21-49, 2004. ISSN 1676-8701. Publisher: Notadez.

LEGG, C.; HOOKWAY, C. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Pragmatism, n. Summer 2021, 2021. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/pragmatism>>.

MELLO, C. A. b. d. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAIS, G. d. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004. ISBN 85-7500-103-5.

NAESS, A.; GULLVÅG, I. G. **Vagueness and ambiguity**. The Trumper, p. 56-74, 2006. ISSN 1705-9429. 5, 6 PIETRO, M. S. Z. D. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309-8972-9.

PLEBE, A.; EMANUELE, P. **Manual de retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

SAINZ, F. M. **Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa.** Madrid: Editorial Civitas, 1976.

SOLAN, L. M. **Pernicious ambiguity in contracts and statutes.** Chicago-Kent Law Review, v. 79 , p. **859 – 888,2004.** Publisher: HeinOnline.

SUNDFELD, C. A.; VORONOFF, A. Art. 27 da LINDB - **Quem paga pelos riscos dos processos?** Revista de Direito Administrativo, p. 171-201, 2018. ISSN 2238-5177.

TOULMIN, S. E.; RIEKE, R.; JANIK, A. **An introduction to reasoning.** 2. ed. London: Collier Macmillan Publishers, 1984.

WALTON, D. **Informal logic: A pragmatic approach.** [S.l.]: Cambridge University Press, 2008. ISBN 1-139-47281-X.

WALTON, D.; MACAGNO, F.; SARTOR, G. **Statutory interpretation: pragmatics and argumentation.** [S.l.]: Cambridge University Press, 2021. ISBN 1-108-42934-3.

WALTON, D. N. **Lógica Informal: manual de argumentação crítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Coleção biblioteca universa).

# CAPÍTULO 7

## **O CONCEITO DE VIOLÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ASPECTOS SIMBÓLICOS E NORMATIVOS**

Arthur de Oliveira Xavier Ramos<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Advogado e mestrando da linha 3.2 Teoria da Decisão Jurídica pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

**R**esumo: O presente artigo tem o objetivo de analisar o conceito de violência, a partir das suas instâncias simbólicas, como alternativa a uma análise subjetiva do conceito. Busca-se investigar a acepção corrente da palavra e propor alternativas em relação a seu campo de significado, e assim, fornecer alternativas teóricas frutíferas para a análise da categoria, buscando uma perspectiva mais ampla. Dessa forma, pretende-se localizar, no conceito, as relações que poderiam ser traçadas com o campo da normatividade, que é o ponto de partida para reflexões fundamentais na seara da ética.

**Palavras-chave:** normatividade, violência objetiva, ética, psicanálise.

**Abstract:** *This article aims to examine the concept of violence through its symbolic instances, offering an alternative approach to subjective analysis. It investigates the common understanding of the term and proposes alternative interpretations, providing theoretical frameworks for a comprehensive analysis of this category and exploring a broader perspective. The objective is to identify the connections between violence and the field of normativity, which serves as a fundamental basis for ethical reflections.*

**Keywords:** *normativity, objective violence, ethic, psychoanalysis*

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em resumo, o trabalho busca questionar o conceito de violência. Nesse sentido, é um desdobramento de um pressentimento. Esta percepção de que todos sabemos o que é violência - mas, talvez, o estatuto desse saber, ou seja, o saber sobre a violência, seja ele mesmo constituído por uma opacidade fundamental.

Em outras palavras: que apesar de haver a sensação inata sobre a caracterização do que é a violência, algo acerca dela nos escapa à fala. Aqui, portanto, tento articular algumas possibilidades de manejar esta opacidade.

O termo opacidade será caro a esta empresa, na medida em que é escorado na concepção lacaniana de Real que se poderá avançar neste território. Neste sentido, “a implacável busca do Real que há por trás das aparências é o estratagema definitivo para evitar o confronto com ele” (ZIZEK, 2009, p. 39).

Devemos, portanto, aproximar a dimensão psicanalítica do Real com a semântica da opacidade. Ou seja, devemos entender o Real como aquilo que, inegavelmente, manifesta sua presença - mas não se deixa vislumbrar essencialmente. Por isso, deve-se entender o Real não como algo que estaria ao fundo de camadas e camadas de aparência, uma espécie de núcleo irreduzível e cheio de substância. Não: o Real - e para nós, o Real da violência - é aquilo que, irresistivelmente, marca a nossa experiência simbólica de mundo. E a característica desta marca é a de justamente não tomar as feições de uma - um ferimento que sempre já foi<sup>1</sup> uma cicatriz. (ZIZEK, 2008)

Em outros termos: efeitos dos quais a causa apenas podemos supor a existência. Afinal, a lógica nos diz que não há efeito sem causa. No entanto, a experiência articulada desta causa inexistente - e nos vemos limitados a lógica para constatar sua presença<sup>2</sup>.

Esse exercício se tornará progressivamente claro, na medida em que apresentaremos uma ponta solta neste carretel: a definição de violência, tal como compreende-se no cotidiano. Começaremos, portanto, pelo nível mais concreto.

---

1 “But, as we have seen with regard to the trauma, precisely as an irruption of a total contingency, the traumatic event isn’t anywhere given in its positivity; it can only be logically constructed afterwards as a point which escapes symbolization.”

2 O Nachträglich como futuro anterior Lacan se atém ao caráter ambíguo do processo de Nachträglich para dizer que já na obra freudiana está implícita a ideia de que a priori não existem lembranças inconscientes: é a posteriori que essas lembranças são criadas; sendo que essa criação se daria com base na maneira como o mundo simbólico vem se organizando; seja na fala em situação analítica seja em outras experiências, que, sendo capazes de convergir os ‘tendo sido’ realizam o “ente”.

## Violência subjetiva

Zizek (2007) compreende esta camada da violência como violência subjetiva, ou ôntica. Deve-se notar, portanto, que aqui nos referimos a violência dos assassinatos, espancamentos, torturas. Ou seja, as formas de violência onde os sujeitos tomam o palco. Há uma distinção entre agressor e vítima, e esta distinção intersubjetiva colore o todo da violência. Uma característica importante deste nível de violência é a capacidade de narrá-la.

O discurso produzido sobre ela raramente encontra empecilhos, há, na maioria de seus casos, uma clareza - senão dos próprios atores - dos espectadores em relação àquele ato. É claro, a narrativa sobre a violência nunca é neutra. Não coloco em questão, portanto, que há uma desvinculação do revestimento simbólico aqui: apenas que ele consegue se tecer sem tropeçar no intransponível. Este discurso pode assumir o lado da vítima, ou do agressor.

Em resumo: a violência subjetiva, aquela que opera entre sujeitos, consegue ser expressa no discurso. Frequentemente, poderíamos deter a análise aqui: afinal, é um nível que abarca, em si mesmo, uma série de problemáticas. No entanto,

não haveria algo de suspeito, até mesmo sintomático, nesse foco sobre a violência subjetiva, a violência dos agentes sociais, indivíduos maléficos, aparelhos repressivos disciplinados, das multidões fanáticas? Não haveria aqui uma tentativa desesperada de desviar as atenções do verdadeiro lugar do problema, uma tentativa que, ao obliterar a percepção de outras formas de violência, se torne assim parte ativa delas? (ZIZEK, 2014, p. 24)

É a partir dessa premissa, a de que observar o escopo social e problematizá-lo apenas a partir da emergência de choques de violência social de forma devidamente subjetivada, paga-se um preço. Este preço é a subtração de uma dimensão categórica do esquema analítico, que é a dimensão objetiva da violência.

Resistindo à tentação circular da violência subjetiva, que empurraria a análise para o casuísmo, pretendemos adentrar em um outro grau de abstração, com categorias próprias a serem articuladas dentro de si. É que, se nos detivermos aí, incorremos no seguinte risco:

Ordens sociais altamente inaceitáveis ainda seriam compatíveis com a paz. Por isso, um conceito estendido de violência é indispensável - mas este conceito deveria ser uma extensão lógica, não apenas uma lista de itens indesejáveis (GALTUNG, 2008, p.36)

## **Violência objetiva**

Não por acaso, o que se chama de dimensão objetiva é, por natureza, mais sutil e menos propícia à grelha do discurso. Conceitualmente, poderíamos entender esta dimensão a partir de duas características. A primeira: que sirva de estrutura para a própria articulação discursiva no relato da violência subjetiva quanto como guia invisível daquela ação. Além disso, também precisa ser uma “uma violência invisível, uma vez que é precisamente ela que sustenta a normalidade do nível zero contra a qual percebemos algo como subjetivamente violento” (ZIZEK, 2014 p. 18).

E justamente pelo fato de não existir um “perpetrador” por trás desta forma de violência - ao menos não de forma consubstanciada na forma de um indivíduo - é que ela se torna progressivamente opaca.

No entanto, o exercício de uma dinâmica objetiva da violência é tal que, apesar de não soar chocante, dolorosa, angustiante, ou seja, justamente por ela se ver tão livre da simbolização própria à costura entre os afetos e o discurso, que se experimenta na modalidade subjetiva, deixa explícita uma fratura fundamental na qual a sociedade se estrutura.

A essência da violência nada tem a ver com a violência ôntica (subjetiva), com o sofrimento, guerra, destruição etc.; a essência da violência reside no caráter violento da própria fundação/

imposição do novo modo da própria essência - desvelamento do Ser da comunidade - em si mesma (ZIZEK, 2014, p. 66)

Em outras palavras, a essência da violência é a sua capacidade de plasmar e impor significados<sup>3</sup>. (MALABOU, 2005) Dito assim, é possível até que nossa reflexão se exalte contra esta possibilidade: que falsa simetria é essa que insere na dimensão da significação o germe da violência?

Devo reforçar, portanto, que criamos uma distância progressiva do significado usual de violência. Esta distância permitirá articular um outro saber sobre ela. Portanto, é uma resistência que não precisa ser vencida: apenas posta, momentaneamente, de lado, para que se possa prosseguir o presente exercício.

Para que se torne mais claro, pretendo apresentar ângulos que forneçam uma imagem mais clara das consequências de tomar a violência fundamental como aquela que produz significados.

“O conflito [pólemos] é o pai de todas as coisas e rei de tudo. Apresentou umas como deuses e outras como homens; fez uns escravos e outros livres” (ZIZEK, 2014, p.65). Ou seja, esse eixo assimétrico de significação é ele o fruto de uma desigualdade fundamental. A aproximação, que, se antes parecia caricata, e pretendia aproximar “significação” de “violência”, já passa a ser lida como uma simetria entre o eixo da diferenciação - das desigualdades, portanto - com a ideia de violência. Nesse sentido, há de se conceder alguma razoabilidade para esta tentativa.

Porém, conforme nos distanciamos da modalidade da violência (subjativa), que provoca nossos afetos e mobiliza nosso discurso, temos também um outro uso para ela. Justamente daquilo que evoca

<sup>3</sup> “Now that ‘violence (Gewalt) through which contingency arises even out of the heart of necessity ensures in the same move that contingency has its own and full autonomy. To the degree that it is the origin of violence, contingency acquires the status of a cause, and becomes the power of necessity”

as forças da dissolução, percebe-se no horizonte o seu exato oposto. Ou seja, a possibilidade de uma dimensão produtiva da violência.

Afinal, nomear é uma dimensão da criação.

Nesse sentido, sondamos a plasticidade<sup>4</sup> (NETO, 2012) que constitui a violência, neutralizando-a enquanto produção discursiva moralizante, subjetiva.

Acerca, portanto, dessas considerações iniciais, convém traçar uma visão panorâmica do que se pretendeu até aqui. Conceituar a violência em seu uso corrente (subjetiva), perceber a exigência de uma outra articulação para ela (objetiva), investigar sua essência, e articulá-la em suas duas dimensões, que, de fato, são apenas uma: a criativa e destrutiva.

Fariamos bem, também, em enxergar a violência objetiva como contexto e a violência subjetiva como conteúdo. Ou, imagetivamente, como uma tela e a pintura. É costumeiro que nosso olhar traduza a experiência estética de um quadro em termos de conteúdo. No entanto, não seria difícil chegar à conclusão que a estrutura da tela é que permite a expressão do conteúdo - e mais, nos oferece as coordenadas para tal. É claro, o uso da perspectiva na pintura nos faria enxergar uma certa espacialidade ilusória dentro da dimensão do conteúdo. No entanto, sabemos muito bem que a verdadeira espacialidade pertence à tela. Dessa mesma forma, a violência objetiva, constantemente relevada, é como o branco por trás da tinta: não sabemos dele senão os efeitos.

Nesse sentido, explorarei a seguir como esses desdobramentos podem ocorrer.

---

<sup>4</sup> “Segundo Malabou, o termo plasticidade tem ao menos três significações: primeiro, designa a capacidade de alguns materiais, tais como argila ou plástico, de receber forma; segundo, designa o poder de dar forma - o poder de um escultor ou cirurgião plástico; terceiro e finalmente, nomeia a possibilidade de vvedeflagração ou explosão de toda forma - como quando se fala de “explosivo plástico” ou “*plastiquage*” em francês (que significa apenas “bombardeio”). Por isso, a plasticidade estaria nos dois extremos da criação e da destruição da forma”

A violência objetiva tem sua modalidade simbólica. Serve para a organização dos símbolos partilhados no tecido social, de modo a que seja possível a criação de um universo de significados que adquire uma tonalidade específica de acordo com as convenções impostas neste gesto fundador.

É neste “grau 0”, ou seja, nesse céu aparentemente vazio de significados que, progressivamente, percebemos os acontecimentos do cotidiano como perturbadores ou excessivos, ou ordeiros e harmônicos. Ou seja, é deste pano de fundo que vemos e atuamos no mundo. Este pano de fundo - aparentemente neutro - já possui coordenadas dadas: o curso dos acontecimentos do mundo segue uma dança de significados como se obedecessem a uma lei natural - que cria a impressão de “atemporalidade” e “necessidade”.

Tradicionalmente, a “essência” se refere a um núcleo estável que garante a identidade de uma coisa. Para Heidegger, a “essência” é algo que depende do contexto histórico, do desvelamento epocal do ser que acontece na e através da linguagem. Esta é por ele chamada de “casa do ser”. [...] sua expressão “Wesen der Sprache” não significa “a essência da linguagem”, mas o “essenciar”, essa criação de essências que é o trabalho da linguagem. (ZIZEK, 2014, p. 88)

Aqui, ocorreu-me de que caminhamos para uma certa direção, progressivamente, a da dimensão do significado e sua coincidência com a violência. Inevitavelmente, esbarraremos na Lei como exemplo maior desta capacidade. Sim, é verdade que a Lei é emanada a partir de uma estrutura fantasmática. Nunca haverá uma coincidência entre nossa tentativa de aprendê-la e a sua apreensão. Portanto, que eu me refira à Lei sempre levando este dado em consideração, em contraste com a lei, ou seja, uma legislação específica, mesmo que de expressão constitucional. Reforço: aponto aqui para a sua dimensão fantasmática e simbólica, com a garantia de que voltaremos a explorá-la a fundo. Por ora, e feitas as ressalvas, gostaria de continuar a articulação do

conceito de violência objetiva, no que se refere a sua manifestação simbólica através da Lei.

### **Lei: interdição e excesso**

Como pontua Katerina Kolozova (2014), a instância violenta da simbolização da Lei, se deve ao fato de que ela se funda, em última instância, no artifício da ausência de justificativa. Mais do que se impor pela ameaça da sanção, o seu recurso sedutor é justamente o de fundar no nada aquilo que é correto, e reforçá-lo a cada vez que decide.

O Real do poder soberano, o Real da decisão que diz que “algo deve ser algo”, precede sua rendição simbólica, sua tradução em lei e pela Lei, o seu “fazer sentido” sendo reforçado - instituído e sustentado - pelo Sujeito da Lei. De fato, o seu fundamento inicial consiste na tautologia “é assim porque eu disse que é. (KOLOZOVA, 2014, p.7.)

Nesse sentido, podemos entender a dimensão do Real como aquela parcela de sustentação da realidade da qual não podemos conferir, exceto para explicar uma série de efeitos que não poderiam ter sido produzidos de outra forma. É claro, não há um momento de fato onde este enunciado toma parte: “algo deve ser assim porque eu disse que é”, mas não é possível derivar a força estruturante que aquele enunciado passa a incidir sobre a realidade simbólica, se não pressupondo este algo que é tão insubstancial quanto, paradoxalmente, produtor de efeitos. Exatamente por isso, pode-se questionar a validade da lei, a sua justificativa - mas a própria articulação que questionaria o fundamento da Lei esbarraria neste vazio - que entendemos como Real.

O paradoxo do real lacaniano reside no fato de que é uma entidade que, embora não exista (no sentido de “existir realmente”, ocorrer na realidade), possui uma série de propriedades. Exerce uma certa causalidade estrutural; pode produzir uma série de efeitos

na realidade simbólica dos sujeitos. (ZIZEK, 1987, tradução livre)<sup>5</sup>

Para reforçar este entendimento,

quando percebemos algo como um ato de violência, sua definição enquanto tal é orientada por um critério que pressupõe o que seria a situação não violenta “normal” - ao passo que a forma mais alta de violência é justamente a imposição desse critério por referência ao qual certas situações passam a ser percebidas [ou não] como violentas. É por isso que a própria linguagem, o meio por excelência da não violência e do reconhecimento mútuo, implica uma violência incondicional (ZIZEK, 2014, p. 62)

Assim, a potestade do aparato legal - cuja força simbólica, como se viu, está em não apenas descrever mundos, mas em criá-los<sup>6</sup>. (BOSHOFF, 2013, p. 169)

Dessa forma, obrigatoriamente, caminhamos para os elementos de sustentação da Lei e suas definições.

Neste percurso, dirigimo-nos quase naturalmente para a passagem da violência para a Lei. No entanto, é necessário que se coloquem em jogo os termos nos quais esta passagem se opera. Vimos, até aqui, como o Real é uma falha constitutiva (e estruturante) na sutura do simbólico. Sendo assim,

Se definirmos o real como uma entidade paradoxal e quimérica, que, embora não exista, possui uma série de propriedades e pode produzir uma série de efeitos, fica claro que o real por excelência é a jouissance: a jouissance não existe; é impossível, mas produz muitos efeitos traumáticos. E essa natureza paradoxal da jouissance também nos oferece uma pista para explicar o paradoxo fundamental que invariavelmente atesta a presença do real: o fato da proibição de algo que já é em si impossível. (ZIZEK, 2008, p. 164, tradução livre)<sup>7</sup>

5 No original: “The paradox of the Lacanian real is then that it is an entity which, although it doesn’t exist (in the sense of “really existing,” taking place in reality), has a series of properties. It exercises a certain structural causality; it can produce a series of effects in the symbolic reality of subjects.”

6 “Second, legal terminology is a powerful ideological tool; it is not a way of describing the world, but rather, it is a way of making it. The capacity of language, and in this case specifically of legal language, to shape the vast symbolic landscape we live in, to draw the boundaries of what we regard as possible and impossible, to define the grid of our knowledge is, I will argue, often overlooked.”

7 No original: “If we define the real as such a paradoxical, chimerical entity which, although it doesn’t exist, has a series of properties and can produce a series of effects, it becomes clear that the real par excellence is jouissance:

Aqui, somos apresentados a um novo conceito, caro à psicanálise lacaniana, e, portanto, a Zizek. O conceito de *jouissance*, em toda sua complexidade, poderá precariamente ser compreendido para auxiliar a compreensão da categoria Lei. Nossa explicação superficial dirá que a *jouissance* (gozo) é coincidente com a dimensão do Real. Ela, ademais, será responsável por entregar uma fantasia<sup>8</sup> ao sujeito. Para o nosso propósito, a fantasia de que é pela Lei, ou seja, pela interdição, que não realizamos certas coisas. Isto nos livraria, portanto, do peso insustentável da percepção da simples impossibilidade da realização. Lemos em Jodi Dean:

A lei intervém, então, como “uma forma para o sujeito evitar o impasse constitutivo do desejo, transformando a impossibilidade inerente de sua satisfação em proibição: como se o desejo fosse possível de ser realizado se não fosse pela proibição que impede seu livre curso”<sup>9</sup> (DEAN, 2004, p.11, tradução livre)

Assim, devemos encarar duas questões. A primeira é que a Lei tem em si o cerne da violência.

Em resumo, a história de uma violência fundadora oculta é uma história sobre como a lei é, em vez de como a lei veio a ser. De fato, podemos até estender o ponto de Zizek aqui e entender o gesto primordial de ocultação como a ação que transforma a violência em lei (DEAN, 2004, p.4, tradução livre)<sup>10</sup>

Ou seja, que o gesto fundante da Lei é um gesto violento. Porque a Lei sempre se impõe sobre a antiga na medida que transgride contra ela. Portanto, a Lei sempre o é na medida que nega anterior.

---

*jouissance doesn't exist; it is impossible, but it produces a lot of traumatic effects. And this paradoxical nature of jouissance offers us also a clue to explain the fundamental paradox which unfailingly attests the presence of the real: the fact of the prohibition of something which is already in itself impossible.”*

8 A fantasia, para a psicanálise, é o que permite ao sujeito manter a estrutura da realidade. É um componente essencial da construção de sentido do mundo e da sua própria temporalidade. O sujeito só o é pela fantasia. Esta é a chave para compreendermos expressões aparentemente sem sentido, como “a realidade tem a estrutura de uma ficção”.

9 No original: “Law intervenes, then, as “a way for the subject to avoid the impasse constitutive of desire by transforming the inherent impossibility of its satisfaction into prohibition: as if desire would be possible to fulfil if it were not for the prohibition impeding its free reign.”

10 No original: “In short, the story of a concealed founding violence is a story about how law is, rather than how law came to be. Indeed, we might even extend Zizek's point here and understand the primordial gesture of concealment as the move that turns violence into law.”

E sendo assim, só pode ter surgido como a perturbação e revogação violenta do que estava estabelecido.

A lei começa no trauma. Do ponto de vista da lei antiga, o estabelecimento violento de algo novo é um crime. A lei antiga é desobedecida, derrubada, transgredida, usurpada. Do ponto de vista da nova lei, esse crime se autonega. Ele desaparece (ou é ocultado) como um crime uma vez que a nova ordem é constituída (DEAN, 2004, p. 4, tradução livre).<sup>11</sup>

A segunda característica que devemos investigar é que, mesmo assim, a Lei pode ser produtiva e harmonizadora. “(...) o que nos liberta e o que nos pune e atormenta são os dois lados da mesma lei dividida” (DEAN, 2004, p. 11).<sup>12</sup>

É aqui que encontraremos a dimensão da jouissance. Pois esta é sempre uma forma de satisfação excessiva em si mesma. Neste sentido, haveria uma oposição entre o superego, parcela da psique responsável pela injunção sádica do dever, e a Lei externa.

“A lei externa regula os prazeres para nos livrar da imposição superegógica do gozo que ameaça transbordar em nossa vida cotidiana” (DEAN, 2004, p. 12, tradução livre)<sup>13</sup>. Nesse sentido, a Lei aliviaria a própria consciência do peso das suas próprias imposições tirânicas e demandas impossíveis. Curiosamente, escapa-se aqui do senso usual de que nossa consciência é o nosso maior guia. Pelo contrário,

Com essa reviravolta, Zizek reverte a compreensão típica da lei interior como mais confiável ou como o que possibilita um tipo de equilíbrio reflexivo por meio do qual avaliar as leis sociais externas. Para ele, a lei interior nos obriga sem misericórdia; a lei externa nos alivia dessa compulsão (DEAN, 2004, p. 12, tradução livre)<sup>14</sup>

11 No original: “Law begins in trauma. From the standpoint of the old law, the violent establishing of something new is crime. The old law is disobeyed, overthrown, transgressed, usurped. From the standpoint of the new law, this crime is self-negating. It vanishes (or is concealed) as a crime once the new order is constituted”.

12 No original: “[...] what liberates us and what punishes and torments us are the two sides of the same split law”.

13 No original: “The external law regulates pleasures in order to deliver us from the superegotistical imposition of enjoyment which threatens to overflow our daily life”.

14 No original: “With this twist, Zizek reverses the typical understanding of the inner law as more reliable or as what enables a kind of reflective equilibrium through which to evaluate external social laws. For him, the inner law compels us without mercy; external law relieves us of this compulsion”

No entanto, esta correlação ainda não nos explica algumas questões. A relação entre Lei e violência até agora está apenas pressuposta. Para trazê-la às claras, deveremos observar dois aspectos essenciais da violência. Já o dissemos de outra forma, enquanto produtivo e destrutivo. Aqui, tenderemos a perceber essas dimensões como o que há de “falta” na violência e o que há de “excesso” na violência. Veremos o excesso:

Como um excedente não integrado, a violência é o que dá à lei a forma de uma injunção, o que torna a lei algo a ser obedecido. A lei é constitutivamente sem sentido - ela é obedecida não porque é boa, justa ou benéfica, mas simplesmente porque é lei (DEAN, 2004, p. 12, tradução livre)<sup>15</sup>

Ou seja, ao obedecer a Lei porque é Lei, entrega-se a esta uma dimensão mítica. Ela também é excesso e injunção, mas, paradoxalmente, uma da qual a obediência nos retira o peso da responsabilidade, do nosso compasso moral. Vemos claramente outra dimensão naquilo que Arendt leu como a banalidade do mal: a burocratização da morte enquanto puro dever legal é, justamente através da sua total adequação com a Lei, produtora de um aproveitamento excessivo (jouissance).

Quando pensamos nesse “excesso” que caracteriza a Lei, devemos pensar como o “resto” da sua fundação. Ou seja, o trauma violento de se fundar a Lei persiste: é o que dá a Lei a compulsão para obedecê-la.” (...) o paradoxo de uma Lei que, de acordo com Jacques-Alain Miller, decorre do tempo em que o Outro ainda não estava morto, evidenciado pelo superego, um resquício sobrevivente daquele tempo” (Zizek, 1991, tradução livre)<sup>16</sup>. Algo deste período suposto resta em nós, e não cessa de se articular: vemos esta dimensão espelhada ao nos confrontarmos com a autoridade da Lei.

15 No original: “As a non-integrated surplus, violence is what gives law the form of an injunction, what renders law as that which is to be obeyed. Law is constitutively senseless –it is obeyed not because it is good, just, or beneficial, but because it is law.”

16 No original: “... the paradox of a Law that, according to Jacques-Alain Miller, proceeds from the time when the Other was not yet dead, evidenced by the superego, a surviving remainder of that time”

Para clarear, vamos recorrer ao mitologema que Freud postula em Totem e Tabu (1913). Haveria uma horda primordial, pré-civilizatória, na qual uma figura todo poderosa imporia sua vontade inequívoca a todos. Esta figura, que podemos também chamar de o Grande Outro, é assassinada em comunhão pela tribo. No advento do assassinato, se institui também uma Lei que previne os membros da horda de gozarem dos excessos daquela figura primeva. Nasce, assim, a possibilidade em nós da Lei reguladora. É assim que surge nossa correspondência com a lei externa (não necessariamente a lei material, mas sim a articulação possível para o campo da normatividade social), pois ela já se apresenta, embrionariamente, na nossa constituição psíquica. Esta Lei (simbólica), barra nosso acesso a um (suposto) gozo irrestrito. Este é apenas suposto: sua realização é, de fato, impossível. Ao barrar algo impossível, somos aliviados do nosso próprio excesso.

É necessária atenção redobrada a este mito, pois nele se encerram camadas de significado essenciais para nossa discussão. Primeiro, este evento nunca de fato ocorreu. Inclusive, se ocorreu ou não, é irrelevante. O que é, de fato, importante, é que ele deve ser suposto para explicar nossa constituição psíquica. Segundo: o resto deste Outro aparece dentro de nós mesmos. Aparece, simultaneamente, como culpa (deste parricídio) e como excesso (enquanto somos tributários deste Outro, compartilhando em nós seu núcleo excessivo, inumano). Estas também são as características da Lei: culpabilizadora e excessiva.

Zizek parte do pressuposto de que a lei é internamente, constitutivamente dividida. A lei é uma injunção irracional, um comando e um enunciado, com potencial conteúdo razoável. Em vez de uma estrutura de poder marcada por um Outro excluído, em vez de um conjunto de normas e instituições que necessariamente geram sua própria transgressão, a lei é dividida entre a lei social externa e o suplemento obsceno do superego (DEAN, 2004, p. 2, tradução livre).<sup>17</sup>

17 No original: "Zizek proceeds from the premise that law is internally, constitutively divided. Law is irrational

Ela, ao mesmo tempo, também é falta. Falta porque a positividade dos seus enunciados não dá conta da sua totalidade: essa injunção superegóica que a sustenta, portanto, permite que se equilibre no vazio <sup>18</sup>.

Assim, abre-se caminho para compreendermos a natureza dualística da Lei. Tanto é enunciado razoável, justificável racionalmente, quanto seu oposto. Este curto-circuito é o que cria as condições de possibilidade da sua existência e obediência, da sua capacidade harmonizadora e da nossa percepção instintiva da sua autoridade, tanto excessiva quanto apaziguadora.

Por isso, evitamos recair na armadilha de enxergar características simplesmente deficitárias na categoria Lei. Pelo contrário,

Eu recomendo a teoria de Zizek para aqueles interessados em uma abordagem crítica do direito que não abandona o direito. [...] Para Zizek, no entanto, a lei pode servir a fins potencialmente libertadores. Ela pode funcionar como um repositório para aspirações por algo melhor. Assim, argumento que, para Zizek, o que está além da lei está presente na lei como uma espécie de fé. (DEAN, 2004, p.2, tradução livre).<sup>19</sup>

---

*injunction, command and enunciated, potentially reasonable content. Rather than a power edifice marked by an excluded Other, rather than a set of norms and institutions that necessarily generate their own transgression, law is split between the external social law and the obscene superego supplement."*

18 "Superego emerges where the Law –the public Law, the Law articulated in public discourse –fails; at this point of failure, the public Law is compelled to search for support in an illegal enjoyment".

19 No original: "I recommend Zizek's theory to those interested in a critical approach to law that does not abandon the law. [...] For Zizek, however, law can serve potentially liberatory ends. It can work as a repository for aspirations for something better. Thus, I argue that for Zizek what is beyond law inheres in law as a kind of faith".

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma mais livre, pretendo antecipar algumas inquietações relacionadas à temática e clarear algumas escolhas conceituais. O meu uso do termo Real é encontrado nas formulações de Lacan a partir de 1980. Na década de 50, a sua noção de Real se aproximava com o que hoje se entende por Imaginário. Real, portanto, era aquilo que restava quando ceifavam-se as tramas simbólicas. Era algo que não cessava de retornar para o próprio lugar. Nesse sentido, para fins da minha exposição, o uso do Real é muito mais a falha constitutiva da simbolização. Ou seja, a zona onde a simbolização tece uma noção bem-feita de temporalidade e linearidade, mas, ao investigarmos, encontramos uma espécie de cisco - algo que não se distingue positivamente, exceto por produzir distorções na nossa visão e sobredeterminar o que é visto. Não podemos dele senão nos servir para apontar que dele nada sabemos, exceto que parece emanar e determinar a nossa tecitura simbólica à sua própria maneira. A violência (que aliás, utilizei na sua modalidade objetiva durante todo o trabalho, feita a distinção inicial entre a sua apreensão subjetiva vs. objetiva), no que tem de mais Real, é justamente isto: sua significação em torno do nosso mundo, que transforma o contingente em necessário.

Outra tensão que preciso investigar mais a fundo é entre certas divergências conceituais entre Jodi Dean (que escreveu um artigo extremamente frutífero para a aproximação de Zizek e a lei) e Katerina Kolozova na percepção da dimensão do real. Se houver, de fato, uma tensão ou esta for apenas aparente, devo escolher apenas uma para enfoque ou, por outro lado, clarear a distinção e utilizar a obra das duas, que são as mais ricas na aproximação de Zizek e de sua aproximação com a lei. Kolozova, por sua vez, tem uma perspectiva

mais crítica e negativa. Dean, de outra forma, apreende a dimensão produtiva da Lei.

O uso do conceito de plasticidade vem de Catherine Malabou, e é um conceito infinitamente frutífero. Tão frutífero que renderia uma dissertação: neste sentido, me arrisquei ao utilizá-lo para compreender, inicialmente, as dimensões produtivas e negativas da violência. A aproximação, contudo, se não aplicada propriamente ao conceito de violência, já foi feita em outros artigos. O próprio Zizek dialoga com a obra de Malabou, na obra “vivendo no fim dos tempos”, e comentadores como Gabriel Tupinambá (em Hegel, Zizek e Lacan) se utilizam de trechos das suas obras. Para mim, fica em aberto se caberia explorá-lo mais ou descartá-lo.

O conceito utilizado no começo do trabalho para explicar uma certa “temporalidade do Real”, ou seja, a ideia de Nachträglich, não me permitiu uma apreensão tão direta. Enquanto Lacan o utiliza sem referência ao Real para explicar a necessidade de uma causalidade retroativa, percebi que pode ser incrivelmente didático para entendermos de que forma o Real se articula na nossa experiência simbólica. Portanto, quando uso a expressão “aquilo que sempre já foi uma cicatriz”, pretendo articular uma dimensão temporal que falha em se articular gramaticalmente. É aí onde caberia, na minha opinião, a aproximação conceitual.

Outra inquietação é que o trabalho não busca um resgate conceitual. Isto porque, para articulá-lo, são necessários inúmeros desdobramentos conceituais, e fazer uma historiografia destes seria excessivo para o propósito a que servem: tentar demonstrar um diálogo entre a dimensão da violência objetiva e a categoria Lei, servindo-me de um aparato analítico que permitiria ao mesmo tempo enxergar claramente uma dimensão traumática na Lei e, ao mesmo tempo, conciliar essa dimensão com o que ela pode ter de produtivo. Essa

aproximação visa a um meio termo entre pontos extremos (idealistas e excessivamente críticos), como Dean pontua aqui:

Como observado recentemente por Paul A. Passavant, entre os pós-modernistas parece haver um ênfase recorrente em ir além do direito devido à percepção de sua rigidez e determinação, como se o direito fosse um domínio imune às mudanças, restos e instabilidades que são necessariamente parte de qualquer texto. Para esses pensadores, as falhas do direito impedem que ele sirva à justiça social. No entanto, para Žižek, o direito pode servir a fins potencialmente libertadores. Ainda assim, o direito estará sempre e necessariamente imbricado na violência, transgressão e culpa (DEAN, 2004, p.2, tradução livre).<sup>20</sup>

Finalmente, é importante destacar que todas as aproximações teóricas realizadas aqui são meramente experimentais. A aproximação de conceitos psicanalíticos e a dimensão jurídica, mesmo que em aspectos mais sócio normativos, deve ser feita com absoluto cuidado e requer, obviamente, uma exploração mais delicada do assunto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOSHOFF, A. Law and Its Rethoric of Violence. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11196-012-9277-6>. Acesso em 18 de jul. 2023.

FREUD, S. **O mal-estar na civilização**. In J. Strachey (Ed.), Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud (Vol.21, pp. 75-279). Rio de Janeiro: Imago, 1969b (Originalmente publicado em 1927).

FREUD, S. Totem e tabu (1913). In: FREUD, S. Totem e Tabu, Contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). São Paulo: Companhia das Letras, 2012. (Obras completas, 11).

---

<sup>20</sup> No original: “as Paul A. Passavant has recently observed, among postmodernists there seems to be a recurring emphasis on moving beyond law because of law’s perceived rigidity and determinacy, as if law were a domain safe from the shifts, remainders, and instabilities that are necessarily part of any text.<sup>3</sup> For such thinkers, law’s failures prevent law from serving social justice. For Žižek, however, law can serve potentially liberatory ends [...] . Still, law will always and necessarily be imbricated in violence, transgression, and guilt.”

JODI, D. **Zizek on Law**. *Law and Critique*, 15 (1):1-24, 2004.

KOLOZOVA, Katerina. **VIOLENCE: the indispensable condition of the law**. *Angelaki* 19 (2):99-111, 2014.

MALABOU, Catherine & Doring, Lisabeth. **The future of Hegel: Plasticity, temporality, dialectic**. *Hypatia* 15 (4):196-220, 2000.

PINTO NETO, Moysés. **Plasticidade Destrutiva, Filosofia Messiânica e Ecologia: notas sobre o fim do mundo**. *Revista Sopro*, n. 81, dezembro de 2012, panfleto político-cultural.

TUPINAMBÁ, Gabriel; YAO, Yuan. Hegel, Lacan, Zizek. **Think media: EGS media philosophy series**. Edição ilustrada. Atropos Press, 2013.

ŽIŽEK, Slavoj. **Violência: seis reflexões laterais**. 1 edição. São Paulo, Boi Tempo, 2014.

## ÍNDICE REMISSIVO

- D
- Direitos 4, 9, 16, 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29, 35, 37, 38, 39, 41, 42, 61, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 73, 76, 85, 86, 87, 88, 91, 93, 94, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 110, 111, 112, 115, 117, 120, 122, 123, 125, 127, 128, 129, 139, 140, 142, 143, 144, 145, 146, 149, 150, 151, 153, 154, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 179, 188, 192, 196, 197, 200
- H
- Humanos 9, 19, 20, 28, 29, 35, 37, 38, 39, 42, 85, 86, 97, 99, 100, 103, 110, 111, 112, 120, 122, 123, 125, 127, 139, 140, 142, 144, 146, 150, 151, 153, 160, 162, 164, 165, 168, 173, 179, 200, 216
- I
- Igualdade 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 33, 34, 35, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 46, 48, 103, 129, 140, 141, 144, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 179, 181, 182, 183, 190, 196, 197, 198
- Indígenas 9, 10, 28, 40, 42, 44, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 122, 127, 128, 134, 135, 136, 137, 138, 144, 154, 181
- Interamericana 15, 44, 114, 140, 155
- J
- Jurídicos 10, 17, 18, 29, 41, 43, 48, 89, 97, 98, 141, 142, 172, 186, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 214, 215, 216, 221, 222
- M
- Mulheres 10, 40, 42, 45, 120, 121, 122, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 152, 153, 154, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 197, 198
- S
- Sistema 9, 16, 18, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 39, 42, 43, 61, 67, 70, 102, 112, 122, 123, 125, 128, 135, 136, 137, 138, 152, 154, 173, 193, 207, 211
- Social 10, 18, 20, 21, 22, 24, 27, 28, 30, 31, 32, 40, 41, 42, 45, 67, 69, 73, 74, 76, 87, 93, 121, 122, 125, 126, 127, 129, 131, 136, 138, 141, 142, 150, 152, 153, 154, 160, 161, 162, 163, 167, 168, 169, 171, 173, 178, 179, 186, 187, 192, 194, 198, 208, 211, 217, 226, 230, 234, 236, 237, 240
- V
- Violência 11, 93, 111, 126, 128, 129, 137, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 162, 165, 166, 172, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 235, 238, 239, 240

## **SOBRE OS AUTORES**

### **Arthur de Oliveira Xavier Ramos**

Advogado e mestrando da linha 3.2 Teoria da Decisão Jurídica pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

### **Carla Elisângela Ferreira Alves Teixeira**

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. Integra o corpo de alunos da Linha de Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica. Advogada Trabalhista.

### **Diego Ranier dos Santos Silva Macêdo**

Mestrando em Direito na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Currículo Lattes <<http://lattes.cnpq.br/3174754047516530/>>.

### **Felipe de Brito Alves Belo**

Pós-Graduado em Direito Contratual pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Direito da Medicina pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) na Linha Teorias da Decisão Jurídica. Pesquisador. Atualmente é Assessor do Ministério Público Federal em Pernambuco

## **Giselle Hoover Silveira**

Pós-graduada em Direito Processual Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu – IDPEE da Faculdade de Direito de Coimbra. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) na Linha de Jurisdição e Processos Constitucionais. Advogada

## **Maria Luíza de Castro Nunes Pereira**

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco.

## **Matheus Barbosa de Melo**

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e membro do grupo de pesquisa Laboratório de Estudos Institucionais da Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE).

## **Polireda Madaly Bezerra de Medeiros**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). Pós-graduada lato sensu em Direitos Humanos e Tutela Coletiva pela FESMP/RN. É mestranda da linha de Direitos Humanos do PPGD/UFPE. Atualmente é Procuradora da República do Ministério Público Federal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Processo Penal, Tutela Coletiva e Direito Eleitoral. Foi juíza de direito do TJPE e Promotora do MPRN e do MPBA.



# Construindo saberes jurídicos: constitucionalismo, direitos humanos e filosofia

Esta coletânea é resultado do esforço de alunos de diferentes linhas de pesquisa do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), que produziram, durante sua trajetória acadêmica, reflexões sobre direitos humanos, constitucionalismo e filosofia. A produção científica é um dos pilares fundamentais do desenvolvimento acadêmico, e a realização de estudos aprofundados nessa área é de importância ímpar no aperfeiçoamento constante do saber jurídico.

Vale destacar que os organizadores buscaram dispor os artigos de forma a que eles mantivessem entre si concatenação lógica, atentando-se, também, à preservação da originalidade e da peculiaridade no estilo de cada um dos autores.

Neste livro, portanto, vêm a público relevantes pesquisas desenvolvidas por alguns alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, que partem da análise de casos práticos e deságuam na reflexão teórica, inclusive sob a nota da interdisciplinaridade.

Por isso, espera-se que este seja apenas o começo de um legado duradouro, inspirando outros pesquisadores a contribuir para o avanço do conhecimento e do debate no Direito.

Organizadores

RFB Editora  
Home Page: [www.rfbeditora.com](http://www.rfbeditora.com)  
Email: [adm@rfbeditora.com](mailto:adm@rfbeditora.com)  
WhatsApp: 91 98885-7730  
CNPJ: 39.242.488/0001-07  
Av. Governador José Malcher, nº 153, Sala 12,  
Nazaré, Belém-PA, CEP 66035065

