

Vicente de Paulo Barretto  
Sara Alacoque Guerra Zaghout  
Clarice Gonçalves Pires Marques  
(Orgs.)

# Dimensões Teóricas e Práticas dos Direitos Humanos



O livro *Dimensões teóricas e práticas dos direitos humanos*, é uma obra coletiva motivada a partir de discussões promovidas durante as aulas que ministrei no Programa de Pós-Graduação em Direito Público, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, trata-se de um instigante conjunto de proposições acerca de temas que perpassam nosso cotidiano. Considero que a realização da pesquisa científica está intimamente implicada com o dever fundamental de oferecer retorno à sociedade acerca de seus achados, pois que, se debruça em encontrar novos caminhos para a consolidação do Estado Democrático de Direito e a construção do presente e futuro pautados por valores que reafirmem a Democracia, os Direitos Humanos e a Justiça e a Ética. Dito isso, tenho a satisfação de compartilhar, tanto com a comunidade acadêmica quanto a sociedade em geral, as contribuições teóricas dos estudantes com os quais trabalhei no ano de 2019, obviamente que não houve o intuito de esgotar os assuntos abordados em cada texto, mas sim o de lançar novos olhares sobre alguns dos diversos fenômenos que emergiram na modernidade e que produziram/produzem reflexos em nossos dias. A diversidade de questões que o livro suscita perpassam por assuntos como Previdência Social, Violações de Direitos Humanos e Fundamentais, Bioética, Criminologia, Imigração, Punição, dentre outros, tendo como eixo paradigmático os direitos humanos. Assim, convido leitores e leitoras para realizar um passeio teórico pelos dezessete capítulos, a fim de que estes sejam, em alguma medida, um ponto de partida para outras investigações, promovendo um dos mais importantes e necessários atos que acompanha a humanidade, o de pensar, filosofar, sempre na busca de dias melhores e da concretização de uma sociedade livre, justa e solidária.

Vicente de Paulo Barretto



## **Dimensões Teóricas e Práticas dos Direitos Humanos**



# Dimensões Teóricas e Práticas dos Direitos Humanos

## **Organizadores:**

Vicente de Paulo Barretto  
Sara Alacoque Guerra Zaghlout  
Clarice Gonçalves Pires Marques



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

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



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



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

---

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BARRETTO, Vicente de Paulo; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra; MARQUES Clarice Gonçalves Pires (Orgs.)

Dimensões teóricas e práticas dos direitos humanos [recurso eletrônico] / Vicente de Paulo Barretto; Sara Alacoque Guerra Zaghout; Clarice Gonçalves Pires Marques (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

352 p.

ISBN - 978-85-5696-733-6

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

1. Direito; 2. Direitos humanos; 3. Práticas; 4. Cultura; 5. Sociedade; I. Título.

CDD: 340

---

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 100

# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	9
Vicente de Paulo Barretto; Sara Alacoque Guerra Zaghout; Clarice Gonçalves Pires Marques	
<b>Prefácio</b> .....	15
Vicente de Paulo Barretto	
<b>1</b> .....	17
<b>Direito cosmopolítico e direitos humanos</b>	
Vicente de Paulo Barretto	
<b>2</b> .....	31
<b>Previdência social na visão da justiça distributiva</b>	
Ademir José Fröhlich	
<b>3</b> .....	53
<b>Violações de direito pela mídia: uma análise jurisprudencial</b>	
Adriana Bohnert	
<b>4</b> .....	75
<b>Conflitos ideológicos e a dignidade da pessoa humana: uma análise crítica do aborto no Brasil</b>	
Andressa Piuco	
<b>5</b> .....	97
<b>Direitos reprodutivos e esterilizações involuntárias: uma reflexão acerca da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à luz dos fundamentos da moral kantiana</b>	
Bruna Marques da Silva	
<b>6</b> .....	119
<b>A questão intersexo diante do embate bioético entre autonomia e beneficência</b>	
Carlos Eduardo Alban	
<b>7</b> .....	137
<b>Considerações sobre feminicídio e os (des)encontros do direito com a afirmação da humanidade feminina</b>	
Clarice Gonçalves Pires Marques	
<b>8</b> .....	159
<b>Retomadas indígenas sob uma perspectiva descolonial: contribuições para uma fundamentação “outra” do direito à terra e ao território</b>	
Dailor Sartori Junior	

9 .....	179
<b>A relação entre a justiça e o processo nos tempos hipermodernos da sociedade</b>	
Guilherme Christen Möller	
10.....	201
<b>Direitos humanos e regularização fundiária quilombola: Jalapão em terras de quilombos</b>	
Jéssica Painkow Rosa Cavalcante; Liziane da Silva Rodriguez; Fernanda Miler Lima Pinto	
11 .....	219
<b>Uma análise crítica do entendimento do tribunal superior do trabalho sobre a aplicação do artigo 93 da lei nº 8.213/91 pela teoria do enfoque das capacidade de Martha C. Nussbaum</b>	
Larissa de Oliveira Elsner	
12.....	243
<b>A migração venezuelana em Roraima e sua análise a luz da dignidade humana: a busca pela sobrevivência e humanidade</b>	
Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança Ferro; Luiz Bruno Lisbôa de Bragança Ferro	
13.....	265
<b>Informação pública, publicidade e democracia: notas introdutórias para uma teoria fenomenológica do acesso à informação pública</b>	
Maiqui Cardoso Ferreira	
14.....	277
<b>Justiça climática: um imperativo jurídico categórico</b>	
Rafaela Santos Martins da Rosa	
15.....	287
<b>Fundamento ético-filosófico da punição em Kant, Hegel e Bentham</b>	
Sara Alacoque Guerra Zaghout; Paulo Thiago Fernandes Dias	
16.....	307
<b>A negação de direitos humanos via necropolítica criminal de guerra às drogas: do proibicionismo à desumanização dos excluídos sociais</b>	
Paulo Thiago Fernandes Dias; Sara Alacoque Guerra Zaghout	
17.....	327
<b>Fundamentos do tratamento dispensado ao imigrante no Brasil à luz da teoria kantiana: uma análise crítica de decisões judiciais e políticas públicas brasileiras no tema migratório</b>	
Vitória Volcato da Costa	
<b>Sobre autores e autoras .....</b>	<b>349</b>



## Apresentação

*Vicente de Paulo Barretto*  
*Sara Alacoque Guerra Zaghlout*  
*Clarice Gonçalves Pires Marques*

A presente obra é produto das discussões e reflexões realizadas durante a Disciplina “Fundamentos da Teoria da Justiça Contemporânea” (curso de mestrado) e o Seminário de Qualificação “Direitos Humanos, Justiça e Filosofia” (curso de doutorado), ministrados pelo Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto. Os referidos cursos compõem o Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (Conceito CAPES 6, maior nota na área do Direito).

Dentro deste âmbito, estudantes de ambos cursos tiveram a oportunidade de elaborar diferentes textos acerca das temáticas abordadas nas aulas, que aconteceram no decorrer do ano de 2019, resultando em um enriquecedor mosaico de indagações e proposições acerca de questões atuais. Para tais problemas, propõe-se soluções que podem ser construídas a partir do comprometimento com a pesquisa e com fundamentos teóricos, os quais possibilitam pensar caminhos para resolução de problemas complexos que permeiam a sociedade contemporânea.

Assim, no primeiro capítulo, para abrir a obra, apresenta-se a ilustríssima contribuição do Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, onde irá tratar sobre **Direito Cosmopolítico e Direitos Humanos**, realizando uma releitura contemporânea do projeto kantiano do direito e da ordem mundial como contraponto ao processo de globalização econômica e financeira.

Dando continuidade, o segundo capítulo trata sobre **Previdência Social na visão da Justiça Distributiva**, de Ademir Fröhlich, onde o autor

realça a importância de se tratar questões como Direito, Economia, cidadania e políticas públicas à luz da concretização dos direitos sociais.

A seguir, no terceiro capítulo, **Violações de Direitos Fundamentais pela Mídia: uma análise jurisprudencial**, de autoria de Adriana Bohnert, é demonstrado por meio de decisões judiciais e sua conexão com a perspectiva kantiana da dignidade, a violação dos direitos de presos provisórios ao terem sua imagem publicada pela mídia em programas “policialescos”, sem prévia fundamentação da autoridade policial ou autorização do próprio preso.

No quarto capítulo, temos **Conflitos Ideológicos e a Dignidade da Pessoa Humana: uma análise crítica do aborto no Brasil**, por Andressa Piuco, em que a autora ressalta a urgente necessidade em se realizar um debate sobre o aborto e as políticas públicas, bem como a forma com que os valores constitucionais estão sendo trabalhados na perspectiva do aborto e do direito à vida

O quinto capítulo trata sobre **Direitos Reprodutivos e Esterilizações Involuntárias: uma reflexão acerca da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à luz dos fundamentos da moral kantiana**, por Bruna Marques da Silva, onde o objetivo central é analisar os reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito dos direitos reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro, problematizando, a partir dos fundamentos da moral kantiana, sua aplicação no julgamento de casos de esterilizações consideradas involuntárias praticadas em mulheres.

No sexto capítulo, Carlos Eduardo Alban irá tratar da **Questão Intersexo diante do embate entre Autonomia e Beneficência**, trazendo em destaque os dois princípios clássicos da Bioética diante das intervenções cirúrgicas e terapêuticas precoces em bebês intersexos.

O sétimo capítulo traz **Considerações sobre Femicídio e os (Des)encontros do Direito com a Afirmação da Humanidade Feminina**, de Clarice Gonçalves Pires Marques, onde a autora trata a questão

do feminicídio em conjunto com uma análise sobre como o direito brasileiro historicamente negou a humanidade feminina pensando a partir da fórmula da humanidade kantiana.

Na sequência, como oitavo capítulo, apresenta-se o título **Retomadas Indígenas Sob Uma Perspectiva Descolonial: Contribuições para uma fundamentação “outra” do direito à terra e ao território**, de autoria de Dailor Sartori Junior, onde o autor irá denunciar o grave período de retrocessos da questão indigenista.

Compondo o nono capítulo, no texto **A Relação entre a Justiça e o Processo nos Tempos Hipermodernos da Sociedade**, de Guilherme Christen Möller, o autor irá demonstrar que o paradigma ideológico de um racionalismo para o processo é insuficiente para manter as discussões no sentido de justiça do mérito dos mais variados assuntos, denunciando a necessidade de se fazer uma reinterpretação da concepção de processo a partir da visão dos tempos hipermodernos.

No décimo capítulo a discussão envolve **Direitos Humanos e regularização fundiária quilombola: Jalapão em terras de quilombos**, o trabalho irá tratar sobre a regularização fundiária quilombola enquanto elemento garantidor de direito, conforme assegurado pelo artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Especificamente, expondo o conflito atual advindo com a sobreposição do Parque Estadual do Jalapão (PEJ - Área de Proteção Ambiental do Jalapão, Unidade de Conservação, criado em 31 de julho de 2000, pela Lei no 1.172) em terras ocupadas centenariamente por comunidades quilombolas, situado no Estado do Tocantins; escrita elaborada conjuntamente por Jessica Rosa Painkow, Liziane Rodriguez e Fernanda Miler Pinto.

O décimo primeiro capítulo destaca **Uma Análise Crítica do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a aplicação do artigo 93 da Lei nº 8.213/91 pela Teoria do Enfoque das capacidades de Martha C. Nussbaum**, de Larissa de Oliveira Elsner, onde a autora analisa de que forma a legislação que regula a reserva de vagas de emprego formal para pessoas com deficiência nas empresas privadas (art. 93 da Lei nº

8.213/91) tem sido aplicada nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho-TST, particularmente no que se refere a obrigatoriedade de contratação de novo empregado com deficiência ou reabilitado antes mesmo de se realizar a demissão de um funcionário que ocupa a cota de emprego, mediante uma análise crítica fundamentada na teoria do enfoque das capacidades de Martha C. Nussbaum.

Considerando o fluxo migratório de venezuelanos para o Estado de Roraima e seus impactos sociais, econômicos e humanos, o décimo segundo capítulo, intitulado **A migração venezuelana em Roraima e sua análise à luz da dignidade humana: a busca pela sobrevivência e humanidade**, traz à tona a aplicação das políticas públicas pelo Estado brasileiro, bem como uma análise crítica da Lei de Imigração atual, com sua eficácia na problemática apresentada, sob o enfoque dos Direitos Humanos sem o dogma do mito da lei, de autoria de Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança Ferro e Luiz Bruno Lisbôa de Bragança Ferro.

No décimo terceiro capítulo temos o texto **Informação pública, publicidade e democracia: notas introdutórias para uma teoria fenomenológica do acesso à informação pública**, onde Maiqui Cardoso Ferreira visa responder a seguinte pergunta: pode uma leitura fenomenológica da informação pública, partindo do conceito apreendido pela resolução 59 da ONU, superar a tensão entre o controle estatal e a demanda pluralista por informações necessárias para o uso público da razão?

Seguindo, passa-se ao décimo quarto capítulo, de Rafaela Rosa, intitulado **Justiça Climática: um imperativo jurídico categórico**, onde a autora examina a introdução, na Filosofia do Direito, de uma nova categoria de imperativo categórico, o chamado imperativo jurídico categórico, feita por Otfried Höffe a partir da releitura do imperativo categórico no pensamento Kantiano.

No décimo quinto capítulo, verifica-se o texto **“Fundamento Ético Filosófico da punição em Kant, Hegel e Bentham”**, que irá levantar discussões sobre a ausência de um discurso que legitime a atuação do Estado

na questão da punição, sobretudo na despreocupação em se debater a natureza ética da punição. Em seguida, apresenta-se o capítulo décimo sexto, intitulado **“A Negação de Direitos Humanos via Necropolítica Criminal de Guerra às Drogas: do proibicionismo à desumanização dos excluídos sociais”**, ocasião em que os autores discorrem sobre os efeitos nocivos da política criminal belicista, implantada no âmbito das drogas e baseada no proibicionismo. Ambas produções conjuntas de Sara Alacoque Guerra Zaghlout e Paulo Thiago Fernandes Dias.

Nos últimos anos tem se falado muito em “crise migratória”, e em tal cenário diversos países do mundo têm caminhado na contramão das demandas do cenário global, criando barreiras à entrada e proteção de pessoas migrantes, violando, assim, tratados internacionais de direitos humanos. Diante disso, muitos aspectos a respeito da fundamentação dos direitos humanos merecem reflexão, em especial na maneira com que se enxerga e se trata o *outro*, o migrante. Nessa linha, a teoria kantiana merece atenção, uma vez que influenciou a fundamentação dos direitos humanos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como de todos os posteriores tratados no tema que foram sendo firmados pela comunidade internacional. A partir disso, Vitória Volcato da Costa apresenta no décimo sétimo capítulo os **Fundamentos do tratamento dispensado ao imigrante no Brasil à luz da teoria kantiana: uma análise crítica de decisões judiciais e políticas públicas brasileiras no tema migratório**.

Os autores e autoras que se somaram para a construção desta obra coletiva pretenderam contribuir com a produção de conhecimento acerca dos Direitos Humanos e Justiça, dentro de uma perspectiva ético-sociológico-filosófica. Os temas foram abordados em diversos âmbitos e através de uma multiplicidade de problemáticas, com o intuito de fornecer elementos teóricos para novas percepções para as aporias epistemológicas que a contemporaneidade nos coloca.

Desejamos uma boa leitura!



## Prefácio

*Vicente de Paulo Barretto*<sup>1</sup>

O livro *Dimensões teóricas e práticas dos direitos humanos*, é uma obra coletiva motivada a partir de discussões promovidas durante as aulas que ministro no Programa de Pós-Graduação em Direito Público (nível de Mestrado e Doutorado), da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), trata-se de um instigante conjunto de proposições acerca de temas que perpassam nosso cotidiano.

Considero que a realização da pesquisa científica está intimamente implicada com o dever fundamental de oferecer retorno à sociedade acerca de seus achados, pois que, se debruça em encontrar novos caminhos para a consolidação do Estado Democrático de Direito e a construção do presente e futuro pautados por valores que reafirmem a Democracia, os Direitos Humanos e a Justiça e a Ética.

Dito isso, tenho a satisfação de compartilhar, tanto com a comunidade acadêmica quanto a sociedade em geral, as contribuições teóricas dos estudantes com os quais trabalhei no ano de 2019, obviamente que não houve o intuito de esgotar os assuntos abordados em cada texto, mas sim o de lançar novos olhares sobre alguns dos diversos fenômenos que emergiram na modernidade e que produziram/produzem reflexos em nossos dias. A diversidade de questões que o livro suscita perpassam por assuntos como Previdência Social, Violações de Direitos Humanos e Fundamentais,

---

<sup>1</sup> Pós-doutor pela Maison des Sciences de L'Homme, Paris.

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA. Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bioética, Criminologia, Imigração, Punição, dentre outros, tendo como eixo paradigmático os direitos humanos.

Assim, convido leitores e leitoras para realizar um passeio teórico pelos dezessete capítulos, a fim de que estes sejam, em alguma medida, um ponto de partida para outras investigações, promovendo um dos mais importantes e necessários atos que acompanha a humanidade, o de pensar, filosofar, sempre na busca de dias melhores e da concretização de uma sociedade livre, justa e solidária.



## Direito cosmopolítico e direitos humanos

*Vicente de Paulo Barretto <sup>1</sup>*

### 1. Introdução

Os efeitos perversos do processo de globalização somente poderão ser monitorados e corrigidos na medida em que este processo seja aceito como base concreta, social e econômica, de legitimação de uma nova ordem política mundial. A análise crítica da globalização e a política dela conseqüente, que se propõem a substituir o projeto globalizado, são, entretanto, prisioneiros da camisa de força de uma forma de reducionismo econômico. Consideram o processo de globalização na versão do paradigma economicista, que entende esse processo como produto exclusivo do mercado e do mundo financeiro e não como a expressão de uma economia multilateral com repercussões profundas na cultura e nos sistemas sociais e políticos da contemporaneidade.

---

<sup>1</sup>Pós-doutor pela Maison des Sciences de L'Homme, Paris. Livre-docente em Filosofia pela PUCRJ, 1976. Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado da Guanabara (1962). Agraciado com a Ordem Nacional do Senegal (1970); ganhador do Prêmio Sesquicentenário da Independência pela Câmara dos Deputados (1972). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS; Decano da Escola de Direito da UNISINOS; Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coordenador-científico do Dicionário de Filosofia do Direito e do Dicionário de Filosofia Política; autor de A Ética da Punição e de Camus, o perfil da revolta, As Máscaras do Poder, Ideologia e Política no pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva, A Evolução do Pensamento Político Brasileiro, O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas, O Liberalismo e a Constituição de 1988 e trabalhos sobre direitos humanos, ética e direito, literatura e direito, bioética e histórias das ideias políticas e sociais, publicados no Brasil e no exterior. Consultor ad hoc da área de Direito e de Filosofia da CAPES; consultor ad hoc da área de Direito do CNPQ. Bolsista de produtividade científica do CNPQ nível 1. Membro do Board of Governors da International Association of Law Schools ? IALS. Ex-Decano da Escola de Direito da UNISINOS. Presidente do Forum Permanente Filosofia, Ética e Sistemas Judiciais da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro - EMERJ. Membro do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio - CNC.

O processo de globalização diante de seus impasses encontra-se, atualmente, em estágio que exige da imaginação política e jurídica uma resposta político-institucional, que possibilite uma nova ordenação de suas forças propulsoras com vistas à humanização da sociedade global. Para tanto, torna-se necessário a definição de intuições diretoras, conceituadas no âmbito da reflexão filosófica e institucionalizadas através dos sistemas político e jurídico. Neste contexto, é que se propõe uma releitura contemporânea do projeto kantiano do direito e da ordem mundial, como contraponto ao processo de globalização econômica e financeira.

## 2. O projeto de paz perpétua de Kant

O texto de Kant, *Paz Perpétua*<sup>2</sup>, que se refere ao direito cosmopolítico, como o direito do futuro da humanidade, constitui referencial teórico para que se possa analisar em que medida os direitos humanos constituem o cerne dessa nova categoria de direitos. A primeira característica da nova ordem política e jurídica, prevista por Kant, reside na tendência constatada na história da humanidade do aumento da participação dos povos da Terra numa comunidade universal. Essa comunidade pressupõe um novo tipo de normatização jurídica, dotada de uma dimensão universal, que Kant denominou de direito cosmopolítico (*Doutrina do Direito*, §60) e que tem como condição de possibilidade a sua objetivação em torno da idéia dos direitos humanos.

A hipótese kantiana leva-nos ao núcleo da dicotomia entre práticas culturais diversas e direitos humanos, possibilitando a busca de critérios lógico-rationais, comuns a todas as culturas, que sirvam de referencial universal para as legislações nacionais. Para que se possa atingir este objetivo é necessário a formulação de uma teoria fundacional dos direitos humanos. Trata-se de examinar a possibilidade dos direitos humanos, por suas características fundacionais, representarem o núcleo moral-jurídico do direito cosmopolítico.

---

<sup>2</sup> KANT, I. *Kant's Political Writings*. Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

A fundamentação dos direitos humanos deita as suas raízes no pensamento iluminista e teve uma de suas primeiras formulações no referido texto de Kant:

Os povos da terra participam em vários graus de uma comunidade universal, que se desenvolveu a ponto de que a violação do direito, cometida em um lugar do mundo, repercute em todos os demais. A idéia de um direito cosmopolita não é, portanto, fantástica ou exagerada; é um complemento necessário ao código não escrito do Direito político e internacional, transformando-o num direito universal da humanidade. Somente nessas condições podemos congratular-nos de estar continuamente avançando em direção a uma paz perpétua<sup>3</sup>.

Na Doutrina do Direito, § 62, Kant<sup>4</sup> argumenta que essa comunidade pacífica não é um “princípio filantrópico (ético), mas um princípio jurídico”, que se materializa no chamado direito cosmopolítico. Esse tipo de direito tende, no entendimento de Kant, a permitir uma união possível de todos os povos, “em vista de certas leis universais do comércio possível”. Kant estabeleceu, assim, uma relação entre o *ius cosmopoliticum* e o desenvolvimento de uma sociedade de trocas, dialógica, que seria o fator decisivo na humanização das relações entre os povos.

No contexto da evolução da comunidade internacional podemos identificar dois marcos definidores de uma possível ordem cosmopolita: um núcleo moral e político, que se expressa nos direitos humanos, e uma organização política, que se sedimenta na cidadania cosmopolita, entendida como o vínculo jurídico do indivíduo com o conjunto de valores morais e direitos, próprios de todos os seres humanos, fonte legitimadora da democracia e do direito cosmopolítico.

Em *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*, que deve ser lido no contexto do texto anterior, Kant<sup>5</sup> refere-se à existência de um desafio para o futuro da espécie humana, qual seja, o da construção necessária, para a sobrevivência da humanidade, de uma sociedade civil, que possa administrar a justiça universalmente: “o maior problema para a espécie humana, a cuja solução a natureza a obriga, é

<sup>3</sup> KANT, I. *Kant's Political Writings*. Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 107-108.

<sup>4</sup> KANT, I. *Kant's Political Writings*. Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

<sup>5</sup> KANT, I. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*, trad. Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo, Brasiliense, 1986.

alcançar uma sociedade civil que administre universalmente o direito”<sup>6</sup>. O teste comprobatório da relação necessária do direito cosmopolítico com os direitos humanos consiste, assim, na demonstração de como a natureza racional desses últimos expressa valores morais, e em que medida pode servir de núcleo para uma ordem político-jurídica universal, garantidora da justiça, definida e positivada pelo direito cosmopolítico.

### 3. A cidadania cosmopolítica

Quando falamos em cidadania cosmopolita, estamos fazendo referência a um novo tipo de vínculo do indivíduo com uma determinada ordem jurídica, que não se reduz àquela do estado nacional. E quando nos referimos a uma ordem que se encontra para além do estado nacional, estamos tratando de um processo, que se apresentou, num primeiro momento, como sendo especificamente econômico. Esse processo recebeu a denominação de “globalização”, mas na atualidade situa-se em nível metaeconômico, nele ocorrendo uma complexa rede de relações culturais, sociais e políticas, embebidas por referencial valorativo determinante na construção da ordem jurídica cosmopolita.

A palavra “cosmopolita” tem suas origens na Grécia clássica e, particularmente, no ideal dos filósofos estoicos que consideravam os seres humanos como criaturas racionais com direitos universais, sendo, por essa razão, cidadãos da “Cosmópolis”. Empregada, inicialmente, na Europa pelas elites intelectuais, durante a efervescência revolucionária do século XVIII, a expressão significava o universalismo político ou cultural iluminista, que desafiava a particularidade de nações e estados, de um lado, e as pretensões do universalismo religioso, de outro. Cosmopolita passou na modernidade a designar o “cidadão do mundo”, aquele indivíduo que se sente em casa não importe onde se encontre.

O direito cosmopolítico poderá, então, ser concebido como um domínio legal, diferenciado da lei dos estados nacionais e, também, da lei

---

<sup>6</sup>KANT, I. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*, trad. Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo, Brasiliense, 1986, p-14.

interestatal, ou seja, da lei internacional. A cidadania cosmopolita será, portanto, aquela que assegurará direitos e liberdades a serem reconhecidos, não somente pelo estado nacional, mas que perpassam os diversos sistemas jurídicos nacionais. Implica, assim, numa forma peculiar de vínculo jurídico, estabelecido entre o indivíduo e uma nova ordem jurídica, ainda em gestação, que não se identifica com a legislação do Estado-Nação, nem com as leis internacionais. Trata-se de um estatuto jurídico peculiar, onde a vontade dos estados soberanos irá consagrar direito comum a todos os indivíduos, não sendo, portanto, necessariamente, definidos pelo direito nacional. Essa nova categoria de cidadania poderá servir, então, como fator de legitimação dos fundamentos pré-políticos do estado democrático contemporâneo.

Pressupõe-se para a concretização da cidadania cosmopolita o estabelecimento de um sistema de normas jurídicas, que se vem constituindo, paulatinamente, no contexto das relações culturais, sociais e econômicas do processo de globalização. Para que se possam estabelecer as raízes da cidadania cosmopolita torna-se necessário distinguir nesse processo dois fenômenos político-sociais distintos, que ocorrem, simultaneamente, mas que provocam resultados objetivos diferenciados: o primeiro deles, acontece em função da transformação das cadeias da atividade econômica, social e política, que deixam de ser nacionais, ganhando dimensões inter-regionais e intercontinentais; mas, por outro lado, a globalização remete, também, à constatação de que existe uma mudança na natureza dos níveis de interação e interconexão culturais, sociais, econômicas e políticas, dentro dos próprios sistemas políticos nacionais.

A globalização não se define, portanto, como um processo linear, que se desenvolve através de etapas e momentos previsíveis e dependentes das relações entre mercados, economia e finanças. Isto expressa, como vimos acima, mero reducionismo economicista. Trata-se de um fenômeno multidimensional, dotado de alto grau de complexidade, que envolve diversos domínios da atividade e da interação humanas, exigindo por isso uma sofisticada teoria para o seu entendimento e, em consequência, para a

formulação de políticas públicas que contemplem os agentes do processo e atendam a novas demandas sociais.

O primeiro mito que se deve enfrentar no que se refere ao processo de globalização reside no fato de que este processo aponta, não para a formação de uma aldeia global, mas para a convivência de uma sociedade mundial em três dimensões: a) a “comunidade dotada força”, visível nas guerras e no desenvolvimento da indústria armamentista. Inclui-se nesta comunidade o crime organizado; b) essa comunidade convive com “comunidades de cooperação”, que perpassam todos os estados nacionais e que se evidenciam na comunicação, no turismo, no mercado de trabalho, nas ciências, nas artes e na cultura; c) a comunidade do direito, que se expressa na idéia dos direitos humanos.

Nesse último tipo de comunidade é que se expressam duas tendências sócio-culturais, alimentadas pelo processo de globalização e que se explicitam no fenômeno do imperativo universal do direito e no imperativo mundial da democracia. Culturas e nações as mais diferenciadas seja por valores, seja por regimes políticos, prestam o culto aos ideais da democracia e ao papel do estado de direito. Constata-se, assim, como no seio do processo de globalização ocorre uma tensão entre os valores da democracia e os interesses econômicos e financeiros, fonte e parâmetro de referência do sistema político e social.

#### **4. Por uma teoria fundacional dos direitos humanos:**

O processo de globalização exige, por sua própria natureza, uma teoria fundacional dos direitos humanos, como núcleo pétreo do direito cosmopolítico. A idéia de um direito cosmopolítico deixa de ser uma ilusão quimérica e torna-se essencial para o estabelecimento de uma ordem transnacional, onde a unidade será construída no respeito às diferentes diversidades culturais. Essa concepção, como previu Kant, não é fantástica ou exagerada, mas se constituiu no código não escrito do Direito político e

internacional, necessário para ordenar o processo social, cultural e econômico da globalização, nele inserindo valores que o torne mais justo, equânime e solidário. Somente nessas condições podemos congratular-nos de estar continuamente avançando em direção a uma paz perpétua, como pretendia o projeto kantiano<sup>7</sup>.

A história mostra como os direitos humanos não nasceram do progresso das relações comerciais entre os povos, como supunha Kant, mas da identificação de valores comuns às diversas sociedades e grupos de uma mesma sociedade, procurando dotá-las de uma dimensão moral e jurídica de caráter universal. Trata-se, portanto, de reler a tradição kantiana, no contexto da qual as leis morais são fruto da razão do homem e, por essa razão, universais, não dependendo da vontade circunstancial do legislador. Essa releitura, ao mesmo tempo em que procura despir o projeto kantiano de seus aspectos metafísicos é que poderá permitir que sejam identificados argumentos racionais para assegurar a fundamentação ética dos direitos humanos.

Essa fundamentação crítica ou moral deverá ser construída a partir da constatação de que os direitos humanos remetem a exigências imprescindíveis para a vida do indivíduo, que encontram a sua formulação na idéia da dignidade humana. A manutenção da dignidade humana constituiu-se no cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana, todas garantidoras da realização integral da pessoa. Nesse sentido é que se pode afirmar que a concepção individualista do ser humano, própria do estado liberal, cede lugar à concepção moral do homem como ser social, sujeito de direitos materiais a serem assegurados pela sociedade. Os chamados direitos sociais inserem-se, portanto, na categoria dos direitos humanos, pois, assim como os direitos à liberdade, pretendem, também, assegurar a realização de dimensões essenciais da pessoa.

O problema reside, assim, na possibilidade de se estabelecer uma ponte entre os valores morais e a ordem jurídica, recusando-se, desde já,

---

<sup>7</sup> KANT, I. *Kant's Political Writings*. Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 107-108

a solução moralista para o problema, qual seja a de transformar o Direito em instrumento das opções morais dos indivíduos. A investigação nesse sentido levou à introdução, no campo da filosofia do Direito, da categoria do imperativo categórico jurídico<sup>8</sup>. Höffe sustenta que o imperativo jurídico, ainda que não se encontre explicitado na obra de Kant, encontra-se sugerido na filosofia prática do pensador alemão. Essa nova categoria do imperativo aparece, ao ver de Höffe, no pensamento kantiano sob três formas: como conceito universal do Direito (Kant, *Doutrina do Direito*, § B); como princípio universal do Direito (Kant, ob.cit. § C e conclusão da IIa. Parte); e como lei jurídica universal (ob.cit. § C).

O imperativo jurídico categórico serve como núcleo de princípios morais, que poderão superar a tautologia contida na afirmativa de que direitos humanos são os direitos do ser humano. Para isto, torna-se necessário determinar como o imperativo jurídico categórico se expressa através de princípios morais, que são imperativos, e dos quais são derivados os direitos humanos. A principal característica dos direitos humanos é a de que se referem a bens de importância essencial para a pessoa humana, considerados como imperativos. Restringe-se, assim, a definição dos direitos humanos retirando-se do seu âmbito aqueles direitos morais, que não se relacionam diretamente com a realização da pessoa humana.

Os princípios que fundamentam os direitos humanos, por sua vez, dizem-se categóricos porque não condicionam a titularidade de tais direitos às condições particulares dos seres humanos, tais como nacionalidade, riqueza, religião, gênero e assim por diante. Eles existem por si mesmos, mas estando sempre presentes na regulação das particularidades sociais e culturais de cada indivíduo.

Esses princípios, que formalizam o imperativo categórico, quando combinados no espaço de uma sociedade democrática, ordenadora de relações intersubjetivas, é que irão fundamentar os direitos humanos. Os direitos humanos seriam, assim, a positivação dos princípios fundadores, que por sua natureza moral asseguram o caráter de universalidade dessa

---

<sup>8</sup> HÖFFE, O. *Principes du Droit*. Paris, Cerf. 1993, p-91.



categoria de direitos. Nesse sentido, é que se pode dizer, com Habermas, que o pensamento kantiano representa “uma intuição diretora” no projeto de estabelecer os fundamentos dos direitos humanos na época contemporânea<sup>9</sup>.

A afirmação de Habermas, entretanto, não é o suficiente, pois se trata de dotar essa “intuição diretora” de conteúdo ético-filosófico. Em que sentido pode-se afirmar que os direitos humanos perdem o seu caráter de direitos, passando a constituir-se numa intuição com a finalidade de dirigir a construção de uma ordem jurídica e servir como referência para a sociedade? O conteúdo ético-filosófico é determinado de forma apriorística ou surge do uso da razão livre?

Nos interstícios desse sistema surge, entretanto, uma nova dimensão política, que tem a ver com a cidadania cosmopolita. Ocorre um fenômeno político e social que se torna cada vez mais presente no cenário nacional e internacional: na medida em que se fortalece a conscientização política sobre o necessário respeito a valores e bens comuns da humanidade, como dique à maré montante dos malefícios do processo, dito modernizador e que se pretende global, esses bens e valores tornam-se cada vez mais indivisíveis. O princípio da responsabilidade entre nações e comunidades impõe-se de forma cada vez mais premente, como condição mesma de sobrevivência do planeta.

Delineia-se, portanto, um modelo universal ou cosmopolita de organização político-social, até então encontrado somente na especulação filosófica ou ideológica, que irá estruturar-se juridicamente em função de valores necessariamente universais, quando a violação de uma norma em qualquer parte repercute, como previu Kant, em todo o planeta. Essa repercussão da violação, entretanto, somente ocorre na medida em que a consciência moral do indivíduo é posta em causa. Não se trata, portanto, do desrespeito a uma ordem jurídica positivada no estado nacional soberano, mas sim da inserção de valores morais, que se encontram num patamar anterior, e superior, ao próprio sistema positivo.

---

<sup>9</sup>HABERMAS, J. *La Paix Perpétuelle*. Paris, Cerf, 1997, p-80.

## 5. O universalismo direitos humanos no projeto cosmopolítico:

A idéia das “comunidades de responsabilidade” de Badie remete-nos, portanto, para um novo tipo de relações internacionais, onde a ação política não reflete somente a vontade soberana do estado nacional, mas expressa também políticas que tenham por objetivo o atendimento das necessidades e o respeito a valores de comunidades particulares. Através da responsabilidade coletiva e particular é que se abrem as possibilidades para a construção de uma ordem política diferenciada, que supere as limitações do sistema político e da ordem jurídica do estado soberano <sup>10</sup>.

Há a aceitação crescente das proposições dos direitos humanos pela comunidade internacional, mesmo por estados que não cumprem, nos seus territórios, os acordos assinados. Por outro lado, a organização da sociedade civil em organismos não-estatais faz com que os próprios estados, muitas vezes, reticentes e contrários ao regime dos direitos humanos, sejam obrigados a rever suas posições e aceitarem os seus princípios universais. Os direitos humanos podem ser considerados neste contexto uma moralidade mínima universal e, também, um regime jurídico supranacional, implementado por instituições formais e informais.

A idéia dos direitos humanos, ao contrário do ideal democrático, desde os seus primórdios, surge com uma conotação universalista. O universalismo dessa categoria de direitos pode ser determinado em função de três tipos de constatações empíricas, que obrigam a construção de um novo sistema de normas jurídicas: humanidade comum, ameaças compartilhadas e obrigações mínimas. Apesar das diferenças culturais e sociais entre os seres humanos, algumas necessidades e capacidades entre todos os habitantes do planeta podem ser consideradas como comuns; assim, por exemplo, todas as pessoas humanas necessitam de meios de subsistência, para sobreviverem com dignidade, precisam de segurança e respeito aos seus direitos fundamentais, mesmo quando a conceituação de

---

<sup>10</sup>BADIE, B. *Un Monde sans Souveraineté*. Paris, Fayard, 1999.

dignidade, segurança e direitos fundamentais possam variar de cultura para cultura.

Por outro lado, constata-se, também, o reconhecimento de que para além dos direitos individuais, proclamados e assegurados nas constituições liberais, existem deveres, reconhecidos universalmente, que supõem a intervenção do estado. Os deveres mínimos de qualquer sociedade em relação aos seus membros, que se originam do dever de solidariedade entre as pessoas humanas, encontram-se, também, no âmbito da universalidade dos direitos humanos. Os efeitos nefastos do processo de globalização provocaram o surgimento de uma consciência crítica, que reclama, em fóruns nacionais e internacionais, a restauração dos deveres mínimos do Estado, como obrigação moral da sociedade em relação aos mais fracos e oprimidos.

A tese neoliberal que rejeita qualquer dever não-contratual, para além do dever negativo de não prejudicar o próximo, acaba provocando o fenômeno observado de forma crescente nas sociedades globalizadas: na medida em que os governos negam-se a reconhecer direitos positivos em relação aos mais fracos e pobres, os mais ricos são obrigados a construir formas crescentes de defesa do seu patrimônio, a começar por suas vidas, contra o montante das exigências dos pobres. O fato constatado no atual estágio do processo da globalização despolitizada (sem controle político democrático) e desumanizada (sem o respeito aos direitos humanos) reside na evidência de que o custo da rejeição dos direitos humanos é exportável, sendo as suas conseqüências sofridas não somente por suas vítimas imediatas.

Os direitos humanos adquiriram, a partir de 1945, uma força própria que cresceu progressivamente, vindo a expressar-se numa filosofia cosmopolita, num corpo de leis internacionais, num conjunto de instituições com o objetivo de administrá-los e implementá-los, além de ser importante fator legitimador de uma sociedade civil global emergente. Observa-se, assim, uma aceitação crescente por diferentes povos dos valores consubstanciados nos textos internacionais que proclamam os direitos

humanos e prevêem mecanismos processuais para a sua implementação. Neste contexto, os direitos humanos têm um caráter de universalidade, que os aproximam do ideal democrático, ideal este comum a todas as nações, e que se formula na hipótese de que todos os adultos são capazes de escolha política desde que tenham informações relevantes.

Os direitos humanos, entretanto, diferenciam-se do ideal democrático quando se verificam as limitações universais da ordenação da democracia. No contexto do estado moderno, o cidadão, o votante, encontra-se definido em termos exclusivamente nacionais, no sentido de que o eleitor é antes de tudo o cidadão de um determinado estado; em consequência, a abrangência dos direitos democráticos tem sido estabelecida nos limites territoriais do estado nacional. Neste sentido, estender o conceito de *demos* da nação para a humanidade como um todo, implicará em processo semelhante à extensão da idéia de democracia comunitária do século XVIII para o estado representativo.

## 6. Considerações finais

Podemos, então, admitir que os direitos humanos sejam o substrato moral e jurídico do direito cosmopolítico. Não se trata da identificação pura e simples dos direitos humanos com a prática democrática, mas de considerá-los em patamar superior, legitimador de uma nova ordem jurídica, transcultural e transnacional, a ser materializada pelo direito cosmopolítico. E quando nos referimos à ordem jurídica estamos fazendo referência às características de legitimação internacional dos direitos humanos, que poderá ocorrer desde que mantenha algumas características: adequação dos direitos humanos como plano diretor do sistema jurídico nacional; substantivação dos direitos humanos em princípios jurídicos; formulação de deveres negativos; base de uma rede de segurança fundada no direito. Com isto caminhamos para o ideal de uma república federativa mundial, agente moral dos direitos humanos, considerados como direitos

morais diretores dos direitos fundamentais próprios de cada Estado da comunidade internacional.

## Referências

BADIE, B. **Un Monde sans Souveraineté**. Paris, Fayard, 1999.

HABERMAS, J. **La Paix Perpétuelle**. Paris, Cerf, 1996.

HÖFFE, O. **Principes du Droit**. Paris, Cerf, 1993.

KANT, I. **Kant's Political Writings**. Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

\_\_\_\_\_. **Métaphysique des Moeurs**, Doctrine du Droit. Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1971.

\_\_\_\_\_. **Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita**, trad. Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo, Brasiliense, 1986.



## Previdência social na visão da justiça distributiva

*Ademir José Fröhlich*<sup>1</sup>

### Introdução

Quando se fala em Seguridade Social vem à lembrança o antigo INSS, INAMPS e IAPAS, com resquícios de negatividade. A partir da Constituição de 1988 essa visão mudou, haja vista a ideia de um novo paradigma em um Estado Democrático de Direito consagrado no art. 1º da CF, que inseriu entre seus incisos a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Atualmente, com auxílio da mídia, assistimos o Governo, como sempre, criando a ideia do déficit da Previdência, realizando revisões nos benefícios e dando conotação de irregularidades. Sob um alarme falacioso utiliza-se de uma política econômica que dá a demonstração dos problemas que vêm passando o sistema, que a previdência é deficitária. Conseqüentemente o Governo pondera a possibilidade de reforma sob alegação de ingovernabilidade em função dos gastos públicos.

No contexto geral, a Previdência Social Brasileira apresenta descon-tros de números por interpretar erroneamente suas contas, ao fazer os cálculos da previdência separados do sistema de Seguridade Social. A matemática correta para averiguar o nível de contribuição ao sistema, aliado

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado. Graduado em Ciências Econômicas e Ciências Jurídicas e Sociais (UNISINOS). Pós-Graduado em Relações Internacionais e Diplomacia (UNISINOS).

com a ideia de solidariedade dá a noção para onde o Estado poderá conduzir a política econômica e social, com efetiva participação da sociedade na distribuição de benefícios.

Carecemos de dados, pois os estudos brasileiros sob uma influência economicista conduzem a argumentos econômicos, cuja problemática está colocada em equilibrar as contas previdenciárias através de decisões judiciais tendo em mente que a previdência é um sistema com recursos escassos.

Portanto, neste trabalho é importante e necessário abordar algumas questões, quais sejam: Direito, Economia, cidadania e políticas públicas. E para a concretização dos direitos sociais é preciso saber conduzir as políticas sobre o tipo de Estado e de governo necessários para realizá-los e dar efetividade.

Assim, pode-se dizer que os direitos sociais deveriam estar inseridos nos direitos fundamentais, como base para atingir o bem comum dos povos de todas as nações. Verifica-se a necessidade de viabilizar os direitos previdenciários e a compreensão da relevância desses no contexto da sociedade, pois a atual forma de aplicação da política vem na contramão da prática efetiva de inclusão social.

Criar as formas, os meios e as fontes de custeio, ou tributos progressivos para viabilizar o pagamento desses benefícios acordados e codificados nas leis, é fundamental para aprimorar a viabilidade da previdência que o Estado tenta positivar. Para tanto, o mesmo deve estar disposto a criar políticas públicas baseadas em leis para suprir essas contingências, que se traduzem em justiça social e bem-estar.

Na realização desse trabalho utiliza-se o método analítico comparativo, por meio do qual ocorre a confluência de vários autores. Compõe-se de três capítulos, quais sejam: Constituição Federal de 1988, Teorias da Justiça e Viabilidade e Efetividade da Previdência Social.

## **1. A constituição federal de 1988 e previdência social**



A Constituição Federal foi criada pelo Constituinte com o conjunto da Sociedade, e de acordo com Ulysses Guimarães, “[...] graficamente testemunha a primazia do homem, que escrita para o homem, que o homem é seu fim e esperança. É a constituição cidadã [...]”<sup>2</sup>.

Muito embora o preâmbulo da Constituição Federal não possua valor jurídico, ele tem importância ao estabelecer parâmetros norteadores no Estado Democrático de Direito, sendo que este assegura “[...] ‘o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça’ ”.<sup>3</sup>

Nesse sentido, Canotilho diz que “[...] o estado constitucional não é e nem deve ser apenas um Estado de direito.”<sup>4</sup> E vai além:

Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, umas traves mestras do Estado Constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos.”<sup>5</sup>

Seguindo essa linha, o artigo 1º mostra que a Constituição Federal foi elaborado tendo como base a União, Estados, e Municípios dentro da visão do Estado Democrático de Direito, voltada à soberania, à cidadania e à dignidade da pessoa humana.

A partir disso, vemos que o constituinte começa a definir parâmetros que sustentam a constitucionalidade da Previdência Social, como podemos observar pelo teor do Artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da

---

<sup>2</sup> FILHO, Wladimir Novaes. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 11.

<sup>3</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 205.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.97-98.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.98.

República Federativa do Brasil. I Construir uma sociedade livre, justa e solidária.”.<sup>6</sup>

E assim, sucessivamente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXIV - aposentadoria;

[...]

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.<sup>7</sup>

Na medida em que o texto discute Previdência Social, é importante a referência do artigo 201, que diz:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II- proteção à maternidade, especialmente gestante; III- proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V- pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição (1988). **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: 15 jan. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). **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: 15 jan. 2019.

[...]

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. <sup>8</sup>

Portanto, apresentamos em linhas gerais os principais dispositivos que englobam direitos fundamentais e sociais que se relacionam com a Previdência Social. Por outro lado, Barreto afirma que “[...] uma das formas mais comuns de se negar efetividade aos direitos sociais é retirar-lhes a característica de direitos fundamentais”,<sup>9</sup> ou seja, não considerar os direitos sociais como fundamentais é lhes retirar a aplicabilidade imediata.

A resposta legislativa de como efetivar financeiramente os direitos sociais está no artigo 195, da Constituição Federal, o qual define que o financiamento da seguridade social será realizado pela sociedade, diretamente ou indiretamente, incluindo recursos provenientes da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e demais contribuições sociais.<sup>10</sup>

Aqui vale fazer uma observação para aqueles que argumentam que a Previdência é deficitária. Ocorre que as contribuições são da Seguridade Social e financiam a Previdência, Saúde e Assistência. O sistema solidariamente auxilia um ao outro, pois pertencem da mesma tríade do sistema, em que a cobertura do LOAS (art. 203 inciso V da CF/88) é pago, mesmo se o segurado não contribuiu para o sistema securitário, mas faz parte da Assistência Social.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição (1988). **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: 15 jan. 2019.

<sup>9</sup>BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 208

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição (1988). **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: 15 jan. 2019.

Podemos ver que a Constituição Federal coloca a pessoa e a “cidadania”<sup>11</sup> em primeiro lugar, o que justifica a “dignidade da pessoa humana”<sup>12</sup>. Para isso é importante refletir sobre a possibilidade de uma hermenêutica no novo paradigma da Constituição Federal. Que segundo Streck, “Há, visivelmente, uma nova aposta na Constituição (Direito produzido democraticamente) como autonomia do Direito para delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-as do constante perigo de exceção”.<sup>13</sup> E Barreto complementa, “Com isto, a parte programática da Constituição torna-se necessariamente impositiva, independente, portanto, de arranjos políticos, sociais ou econômicos”.<sup>14</sup>

Deste modo, os direitos sociais, entre eles a aposentadoria, estão ali-cerçados na cidadania, dignidade da pessoa humana, ganham “*status*” constitucional em um sistema de Previdência Social solidário.<sup>15</sup> E como tal deve ser interpretado pelos Tribunais.

## 2. Teorias da justiça

Para alcançar a justiça dentro de uma perspectiva de distribuição de renda diante das desigualdades sociais, aponta-se Rawls, que traz um exemplo clássico ao afirmar que ao criar uma imposição de impostos sobre

---

<sup>11</sup> “Cidadania de acordo com Habermas, que propôs um conceito de cidadania que implica o exercício efetivo dos direitos civis como oportunidade para que os cidadãos tomem parte ativa nos processos deliberativos sobre os direitos políticos e sociais.”. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p.157.

<sup>12</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p.327.

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 76.

<sup>14</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 206.

<sup>15</sup> “Princípio da solidariedade. Natureza tributária das contribuições previdenciárias. O sistema publico de previdência social é fundamentado no princípio da solidariedade (CF 3º inciso I), contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema [...]”. (STF, 1.ªT.,AgRE450855-RS, rel. Min. Eros Grau, j.23.8.2005, v.u., (DJU 9.12.2005, p. 15). JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2009. p 162-163.

heranças e doações, é possível promover a distribuição de riqueza, consequentemente limitando o poder nas mãos de uma minoria que viria a prejudicar a equidade de oportunidades.<sup>16</sup>

Estamos falando de uma transformação do Direito em justiça social, que consiga entender a correlação entre o artigo 6º e 170<sup>17</sup> da Constituição Federal. Adequação essa com a efetiva participação da sociedade, que diga como o direito deve se adaptar às novas tecnologias, onde haja equidade<sup>18</sup> entre o social e o econômico, ou seja, cidadania para todos e oportunidade para todos.

Em termos de justiça distributiva Rawls encara o direito dentro de uma perspectiva de justiça social. “Se o bem público é produzido, seu acesso a esse bem não será diminuído se não der sua contribuição”<sup>19</sup>.

Na medida em que a Proteção Previdenciária, já codificada constitucionalmente, diz que o sistema é solidário, então é importante dar efetividade a ela, o que Dworkin intitula de “Levar o direito a sério”, além disso, argumenta: “Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.”<sup>20</sup> Assim, Ibrahim faz um paralelo na afirmação “levando a Previdência Social a sério”<sup>21</sup>

Por sua vez o direito em Hart traz um apanhado de direito, justiça e moral, que sugerem:

---

<sup>16</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 345-346.

<sup>17</sup> O caput do art. 170 dispõe: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.”. In: BRASIL. Constituição (1988). **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: 15 jun. 2019.

<sup>18</sup> “A todos é assegurada uma liberdade igual para tentar realizar qualquer plano de vida que lhe agrade, contando que não transgrida o que a justiça exige. Os homens repartem os bens primários segundo o princípio de que alguns podem ter mais se forem bens adquiridos de maneira que melhore a situação dos que têm menos.”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2008. p. 112.

<sup>19</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 332.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins fortes, 2010. p. 314.

<sup>21</sup> “A orientação estatal é necessária em matéria previdenciária, não cabendo somente partir-se da premissa que as pessoas guiarão sua conduta pelas opções mais lucrativas. Este é também um papel fundamental da regulação. Enfim, a regulação, no Estado pós-social, será o meio termo, garantindo os mecanismos básicos de proteção herdados do Estado do bem-estar social, excluindo os exageros, mas sem um retrocesso equivocado ao Estado Neoliberal.”. BRAFMAN, Ori; BRAFMAN, Rom, 2008, apud IBRAHIM, Fábio Zambite. **A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação**. Niterói: Impetus, 2011. p. 306-307.

[...] a interpretação de que direito deve ser compreendido como um “ramo” da moral ou da justiça, e que é a congruência com os princípios da moral ou justiça, e não a incorporação de ordens e ameaças, que é seu elemento essencial. Esta é a doutrina que caracteriza não apenas as teorias escolásticas do direito natural, mas também uma parte da teoria do direito contemporâneo que critica o “positivismo” jurídico herdado de Austin.<sup>22</sup>

Enquanto, Paulo Bonavides, afirma que a Ciência Política se relaciona com as demais ciências sociais, que neste caso o Direito Constitucional e a Economia:

Observa-se ademais que nos países subdesenvolvidos, os golpes de Estado, a violação contumaz do direito Constitucional, o fermento revolucionário oriundo da insatisfação social, a luta de classes, brutalmente exacerbada pelo privilégio ou por violentas discrepâncias econômicas, compõem um quadro onde o processo político e a realidade do poder escapam não raro os limites modestos da autoridade institucionalizada.<sup>23</sup>

Em outras palavras, o autor argumenta que “[...] paz social é fundamentalmente aquela que resulta da atenuação da luta de classes e da distribuição mais equitativa do poder econômico numa sociedade, mediante a prática da justiça social.”<sup>24</sup> Nesse sentido dá para afirmar que além da interação da economia e direito, a política conduz todo esse processo.

## 2.1 Na teoria da justiça aristotélica da distribuição

A teoria da justiça pode nos ajudar a entender a razão de existir uma justiça distributiva para as contingências sociais. Quando alertamos para a desigualdade social é porque o cidadão financeiramente abastado não depende de benefício previdenciário. Por esse motivo esse cidadão, pelo

---

<sup>22</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins fontes, 2012. p. 10.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49.

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 51-52.

princípio da equidade<sup>25</sup> não poderia ser representado por deputado (representante) para extinguir direitos sociais dos pobres.

Nesse caso Singer afirma que, “somente os membros da classe trabalhadora são sujeitos dos direitos sociais. São, nesse sentido, direitos condicionados: vigem apenas para quem depende deles para ter acesso à parcela da renda social, condição muitas vezes fundamental para sua sobrevivência física e social.”<sup>26</sup>

Portanto a maioria dos deputados que votou na reforma da previdência representa classes sociais que não dependem dela para a sobrevivência. Portanto, a reforma se torna ilegítima diante da pobreza do país e vem na contramão do desenvolvimento econômico, pois esses benefícios geram renda e consumo.

Neste sentido, justiça e injustiça para Aristóteles é:

[...] a justiça é a qualidade em função da qual diz-se de um homem que está disposto a fazer por livre escolha aquilo que é justo, posto que quando está distribuindo coisas para si e outrem, ou entre duas outras pessoas, não concede demasiado a si mesmo e demasiado pouco ao seu semelhante do que é desejável e demasiado pouco a si mesmo e demasiado ao seu semelhante do que é indesejável ou prejudicial, mas a cada um o que é proporcionalmente igual, e analogicamente quando distribui entre duas outras pessoas. A injustiça, ao contrário, está semelhantemente relacionada àquilo que é injusto, o que constitui um excesso ou deficiência desproporcionais de alguma coisa benéfica ou nociva.<sup>27</sup>

O artigo 170 da Constituição Federal prevê entre outros direitos o “pleno emprego”, que é condição básica da Justiça Social. A Justiça Social em um país não acontece sem “emprego”. A sustentação do Sistema Previdenciário se dá principalmente pelas contribuições originárias do emprego. Então o benefício deferido aos segurados é quando preenchem

<sup>25</sup> Aristóteles vai dizer que a justiça e a equidade são iguais, porém a última se aproxima mais do justo, servindo como uma forma de correção da justiça legal. ARISTÓTELES, 2001 apud BOLLMANN, Vilian. **Previdência e justiça: o direito previdenciário no Brasil sob enfoque da teoria da justiça de Aristóteles**. Curitiba: Jurua, 2009. p. 126-127.

<sup>26</sup> SINGER, Paul. A cidadania para todos. *In: A história da cidadania*. PINSKY, Jaime; BASSANEZI, Carla. (Org.). São Paulo: Contexto, 2016. p.191.

<sup>27</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Edson Bini. 3. ed. Bauru: Edipro, 2009. p. 160.

os requisitos da lei 8213/91, justamente porque na vida laboral tiveram emprego. Mas a injustiça reside na política econômica, considerando que o desemprego no país, estatisticamente é involuntário na maior parte que hoje atinge aproximadamente 13 (treze) milhões. Quando insinuamos que “os pobres voltaram a ficar longe dos aviões” é porque estamos concluindo que faltam oportunidades de emprego.

Segundo Bollmann, “[...] isso leva a crer que, como regra geral, o rol de benefícios não leva em conta uma relação de troca entre contribuição e prestação, mas sim a relação de necessidade da pessoa. Sugere, assim, ao menos neste ponto, a prevalência da justiça distributiva”.<sup>28</sup> E partir desse ponto de vista Habermas sugere “a implementação de princípios específicos de justiça distributiva e as controvérsias que envolvem esses princípios devem ser submetidas a uma avaliação democrática, e não a especulações teóricas sobre como o mercado funciona ou deixa de funcionar”.<sup>29</sup>

Quando falamos que a Previdência é um sistema solidário, é porque uns pagam pelos outros, e cada um paga de acordo com sua capacidade laborativa. Neste sentido existe o desconforto que o sistema é injusto. Aristóteles nesse sentido explica o que é justo, igualdade de relações e proporcionalidade.

É, portanto, necessário quatro termos, ou seja especificamente: dois indivíduos para os quais há justiça e duas porções que são justas. E haverá a mesma igualdade entre as porções tal como entre os indivíduos, uma vez que a proporção entre as porções será igual à proporção entre os indivíduos, pois não sendo as pessoas iguais, não terão porções iguais – é quando os iguais detém ou recebem porções desiguais, ou indivíduos desiguais [detém ou recebem] porções iguais que surgem conflitos e queixas.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> BOLLMANN, Vilian. **Previdência e justiça**: o direito previdenciário no Brasil sob o enfoque da Teoria da justiça de Aristóteles. Curitiba: Juruá. 2009. p.134

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 40

<sup>30</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Edson Bini. 3. ed. Bauru: Edipro, 2009. p. 152.



Neste caso a injustiça está no que Buffon chama de tributação regressiva, onde o pobre paga o mesmo percentual de contribuição do rico para receber menos proporcionalmente. “O justo nesse sentido é, portanto, o proporcional e o injusto é aquilo que transgrede a proporção”.<sup>31</sup>

Por fim, é importante refletir sobre o que é defendido nos fóruns sociais ou congressos, engajados com a luta social e democrática diante das desigualdades. Um bom exemplo disso pode ser dado a partir do trabalho de Boaventura, o qual traz à tona a possibilidade de um projeto emancipatório centrado em um modelo democrático através da socialização da economia para a inclusão social, sendo o contraponto das economias neoliberais, e o Fórum Social Mundial tem sido um embrião desse debate<sup>32</sup>.

Não podemos pensar em viabilidade e efetividade da Seguridade Social sem ter em mente que “[...] não há paz duradoura sem Justiça Social. Não há Justiça Social sem Seguridade Social.”.<sup>33</sup> As políticas reformistas adotadas pelo atual governo giram em torno de reformas estruturais, que significam o desmonte do Estado Social. Qualquer ideia de reforma dentro do Estado de Direito não pode representar diminuição ou mesmo extinção de direitos, dali nos leva a acreditar que ainda é possível uma interação entre justiça e direito para a inclusão social.

### 3. Viabilidade e efetividade da previdência social ou reforma

Com a crise do Estado Social, a questão fica polêmica: ou tornamos viável e efetiva a previdência social, com a visão progressista da Constituição Federal de 1988, ou reformamos suas estruturas ou mesmo o modelo. E cabe a pergunta se sobra espaço para viabilizar a Previdência pública no contexto da globalização?

---

<sup>31</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini. 3. ed. Bauru: Edipro, 2009. p. 153.

<sup>32</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. 5. v. p. 44.

<sup>33</sup> BALERA, Wagner. Direito internacional da seguridade social. *Revista de Doutrina do TRF4*, [S.l., 2017]. Disponível em: < [http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/ar\\_tigos/edicao007/wagner\\_balera.htm](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/ar_tigos/edicao007/wagner_balera.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2019.

A efetividade e viabilidade desses direitos estão vinculados à conjugação de fatores que permitem positivar direitos, tendo em vista a cláusula democrática da Constituição Federal, onde praticamos o Estado Democrático de Direito.

A conjugação da política de cada país deveria ter como prioridade um sistema previdenciário solidário e universal. A problemática está principalmente na de uma visão divergente entre sistemas diferentes (de repartição, misto e capitalização).

Um desafio a ser encarado, diante daquilo que Hannah Arendt corajosamente expôs ao mundo e vivenciou na Alemanha de Hitler, é que pessoas seletivamente não tinham direitos. Isto acontece quando alguém reivindica o *direito de ter direitos*<sup>34</sup>, por ser discriminado por não pertencer ao mesmo ponto de vista político do Chefe da Nação.

Todavia, não estamos tratando os cidadãos como se não tivessem direitos, mas estamos reivindicando a efetivação ou positivação dos direitos previdenciários já previstos no nosso ordenamento jurídico brasileiro. E em uma última análise Bobbio argumenta em sua obra “[...] o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas sim o de protegê-los”.<sup>35</sup> E entramos num outro patamar de cidadania onde efetivamente ela é protagonista do processo, e de acordo com Niederberger, [...] Cidadania e participação do poder político: como cidadãos, pessoas seriam e poderiam ser tanto aqueles que exercem e aqueles que controlam o governo<sup>36</sup> (tradução nossa), ou mesmo cidadania para todos, de acordo com Singer, onde [...] Os sindicatos de trabalhadores da cidade e do campo ganharam autonomia em relação ao Estado e crescente

---

<sup>34</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_arendt\\_origens\\_totalitarismo.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf)>. Livro eletrônico. Acesso em: 18 jun. 2019. p. 332.

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 24.

<sup>36</sup> NIEDERBERGER, Andreas. **Transformations of democracy**. London, New York: Rowman e Littlefield, 2015. p. 83-106.

representatividade. Com o tempo, estabeleceram extensa pauta de reivindicações de direitos sociais, muitos dos quais foram inseridos na CF/88.<sup>37</sup>

Ora, se o ordenamento jurídico brasileiro prevê os direitos dos segurados, como não seria possível viabilizar direitos para as pessoas que já tem o “*Direito de ter direitos*”?

A Previdência Social deve propor o caminho da efetividade, aplicando o regramento tal qual como foi criado, com aprimoramentos. Já foi dito há vários séculos, que a lei deve ser aplicada de acordo com *O espírito das leis*.<sup>38</sup> Montesquieu dedica parte da obra à divisão dos poderes, para que haja autonomia e harmonia entre os mesmos. “Um freia o outro para evitar abusos”:

O poder Legislativo faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou sub-roga as que estão feitas; O judiciário “pune os crimes ou julga as demandas dos particulares; e o Executivo o restante do poder, exerce as demais funções do Estado; exerce a administração geral do estado, constituindo-se por isso no executor das leis em geral.”<sup>39</sup>

Segundo Silva, os direitos sociais são compreendidos, como direitos fundamentais do homem:

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.<sup>40</sup>

Para alcançar esses objetivos e os benefícios que dela provem, a solução está ligada ao tipo de Estado que queremos para implementar e positivar direitos. Seja ele Estado Liberal, Estado Social, ou Estado Neoliberal. Essa

---

<sup>37</sup> SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: **A história da cidadania**. PINSKY, Jaime; BASSANEZI, Carla. (Org.). São Paulo: Contexto, 2016. p.252.

<sup>38</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>39</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 25

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 288.

escolha é política com a participação da sociedade civil, por intervenções através de voz e voto. Colhemos as vantagens e desvantagens dessa escolha.

Dentro de um Estado social os benefícios previdenciários estão sempre mais próximos de sua viabilidade e efetivação, se comparamos ao Estado Neoliberal, pelo simples fato de este se tornar menor em função dos ajustes nos gastos públicos.

No Brasil não há preocupação com a diminuição das desigualdades sociais, ao contrário, temos uma tributação regressiva que onera proporcionalmente mais os hipossuficientes. Nesse viés, Buffon ao analisar a tributação e o gasto público, afirma:

[...] Se uma tributação progressiva, atenta à capacidade contributiva e ao mínimo existencial, pode corrigir as disparidades sociais, o gasto público, quando concentrado em áreas prioritárias como saúde e educação, também assume a feição de política facilitadora de acesso universal dos bens.<sup>41</sup>

A viabilidade e efetividade está atrelada ao interesse do Estado<sup>42</sup>, basta ter vontade política em intervir positivamente nas políticas públicas para a proteção, em casos de necessidades, por inativação do trabalho, enfermidades etc. Viabilizar e efetivar os benefícios previdenciários no Brasil é aplicar também “o princípio da solidariedade” onde os que tem mais ajudam a financiar àqueles que tem menos, para que nenhum cidadão deixe de ser amparado pelo Estado.

Mas o Estado Brasileiro no seu atual governo vem propagando a ideia do déficit da Previdência. A contestação que se faz é que o Estado não poderá simplesmente afirmar que não poderá estar em todos os lugares ao

---

<sup>41</sup> BUFFON, Marciano. Tributação e gasto público: a incompatibilidade constitucional dos investimentos em saúde e educação. In: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado: n. 14. São Leopoldo: Karywa, 2018. p. 161.

<sup>42</sup> “Na vida em sociedade organizada, surge o conceito de interesses públicos que importa, pois nela brotam necessidades coletivas – que agrupam interesses gerais, coletivos e difusos – onde a sociedade remete ao Estado para que as satisfaça por meio de ações públicas juridicamente embasadas, ou por meio de ações jurídicas politicamente fundadas.”. SADDY, André. Neoconstitucionalismo e as transformações da concepção de interesses públicos. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.). **Constitucionalismo democrático na América Latina**: desafios do século XXI. Curitiba: Multideia, 2015. p. 236.

mesmo tempo, ou mesmo esconder a realidade financeira da Autarquia. Essa incongruência é a DRU (Desvinculação de Receitas da União), que seria a descuidada imunidade tributária a entidades não exatamente assistenciais, frequentes parcelamentos facilitados que é o caso da Refis<sup>43</sup>, o que não deixa de ser um desvio de verbas da Previdência Social.

A grande mídia sob o manto da legalidade vem difundindo na sociedade que a Previdência está sendo absorvida pelo Ministério da Fazenda, para diminuir os gastos públicos, mas não fala que com isso o “Estado diminui”, e que a Previdência Social deixou de ter vida própria. Isso também é uma maneira de reformar o sistema. Em contrapartida, uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), foi criada e aponta o sentido contrário, no qual a previdência não é deficitária. A comissão sugere o combate à sonegação fiscal de grandes empresas. E em nenhum momento houve constatação da inviabilidade econômica da Previdência Social.<sup>44</sup>

As finanças da Previdência tem solução na medida em que o “Estado” tem a opção de criar uma política econômica de pleno emprego. Mas estamos diante de um governo que pratica uma política inerente ao neoliberalismo, querendo diminuir as funções do “Estado” que dá justificativas para privatização do sistema, ou mesmo para uma reforma ampla geral e irrestrita. O governo procura justificativas de reforma do sistema previdenciário sob alegação de ser deficitário.

Esquece que a Previdência Social é financiada de acordo com o art. 195 da CF/88, ou seja, pela própria população que dela necessita. Não pode um governo dizer que a previdência é deficitária, se é ele, e parte do empresariado os maiores devedores dessa instituição. Além disso, é importante referir que existem reformas sutis que o povo nem percebe e nem consegue evitar; são aquelas mudanças por decretos que não tem muita publicidade, a não ser por “ordens de serviço”, cuja finalidade é usar

---

<sup>43</sup> JUNIOR, Marco Aurélio. **Economia e Seguridade Social: Análise Econômica do direito Seguridade Social**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 70.

<sup>44</sup> Senado Notícias. **CPI da previdência aprova relatório final por unanimidade**. [S.L., 2017?]. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/25/cpi-da-previdencia-aprova-relatorio-final-por-unanimidade>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

a metodologia de interpretação das leis, reduzindo-as ao ponto de diminuir os benefícios (revisão de benefícios de auxílio doença e aposentadoria por invalidez sob alegação de irregularidades).<sup>45</sup>

Além disso, os auditores Fiscais da Receita Previdenciária falam dos futuros prejuízos e as farsas da Reforma Previdenciária:

Segundo o Governo Federal, a reforma da Previdência Social é necessária, devido o rombo causados aos cofres públicos. O Executivo afirma que em 2015, o déficit da Previdência foi de R\$ 89 bilhões e subirá para pelo menos R\$ 133 bilhões em 2016: atingindo R\$ 168 bilhões em 2017. Diante dessa inverdade os Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil não devem permitir que tal informação ganhe força. A verdade é que em 2015, o Governo Federal arrecadou para a Seguridade Social R\$ 700 bilhões e foram gastos 688 bilhões. No mesmo ano, foram desvinculados para outras finalidades cerca de R\$ 66 bilhões da previdência, saúde e assistência social. É falso dizer que a Previdência tem déficit, ao contrário ela tem superávit. A Previdência Social não é sustentada apenas por contribuições dos empregados e empregadores. A Previdência também conta com recursos embutidos em cada produto ou serviço adquiridos pelo consumidor. No preço de tudo que o contribuinte adquire estão incluídos tributos que deveriam ser destinados à previdência, à saúde e ao amparo da velhice de todos.<sup>46</sup>

Por fim, não podemos pensar em viabilidade e efetividade da Previdência Social quando as políticas reformistas adotadas pelo atual Governo giram em torno de reformas estruturais, e significam o desmonte do Estado Social. Qualquer ideia de reforma dentro de Estado de Direito não pode representar diminuição ou mesmo extinção de direitos

### 3.1 O princípio da proibição do retrocesso

---

<sup>45</sup> Senado Notícias. **CDH vai discutir decisões judiciais contra o INSS**. Fonte: Agência Senado. [S.I.], 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/12/cdh-vai-discutir-decisoes-judiciais-contr-o-inss>>. Acesso em: 14 out. 2019.

<sup>46</sup> SINDIFISCO NACIONAL. **A mentira sobre o rombo da previdência social**. [S.I., 2017?]. Disponível em: <http://www.somosauditores.com.br/previdencia-social/110-a-mentira-sobre-o-rombo-na-previdencia-social.html>. Acesso em: 15 dez. 2017.

Apesar de que estamos em constante luta para manter os direitos já consolidados e consagrados na Constituição, há também uma constante ideia de reforma sob a alegação dos recursos escassos e levando em conta a “reserva do possível”.<sup>47</sup>

Canotilho, aponta o “princípio do não retrocesso social”, assim como o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. E vai além:<sup>48</sup>

[...] Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex. direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia constitucional* e um *direito subjetivo*. A “proibição ao retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fática*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (Ex. segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana.

Em poucas palavras, poderíamos dizer que o princípio da proibição do retrocesso é uma norma que visa à preservação de conquistas sociais. A reforma muitas vezes não serve para melhorar as condições sociais das gerações futuras, mas sim diminuir ou mesmo extinguir direitos.

Segundo o art. 5º XXXVI, da Constituição Federal “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Na mesma linha de raciocínio, Sarlet enfoca em sua obra que a problemática da proibição ao retrocesso tem relação íntima com a segurança jurídica:

Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental

---

<sup>47</sup> “A argumentação da escassez e insuficiência de recursos para a realização dos direitos sociais remonta a um período anterior a duas décadas da data em que foi proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão a decisão primeira que popularizou o conceito hoje conhecido como reserva do possível.”. In: SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível**. São Paulo: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010. v.1, p. 13.

<sup>48</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-339.

da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional, como dão conta diversas manifestações desde princípio nos diferentes documentos supranacionais.<sup>49</sup>

Portanto se a reforma vem para diminuir direitos ou mesmo extingui-los, trata-se de uma afronta ao Estado de Direito e encontra freio no *princípio da vedação ao retrocesso*, pois não aceita supressão legislativa sem justificação necessária<sup>50</sup>. Sendo assim o atual governo não poderá revogar ou anular direitos previdenciários já incorporados no patrimônio da população, sob a justificativa de superar dificuldades econômicas. Pois, ao fazer isso não preserva a dignidade da pessoa humana, haja vista que não garante nem mesmo o *mínimo existencial*.

#### 4. considerações finais

No contexto atual, a ideia dominante é deixar o Estado diminuído, beirando a um estado de exceção. Mas, ao contrário disso, o “Estado Social” pode dissolver esses efeitos perversos dos ataques aos direitos previdenciários através da Previdência Social, cujo instrumento está voltado para garantir as melhorias dos indicadores sociais e econômicos e a diminuição das desigualdades sociais, afastando assim a pobreza e a exclusão social.

A globalização, ao lançar ideias de reformas e privatizações de modo aleatório, pratica uma política neoliberal e de exclusão. Existem diferenças básicas entre um Estado Social e Neoliberal. O primeiro está voltado realmente ao bem-estar da população, considerando as políticas públicas a serem executadas, para ao menos manter as conquistas sociais já consagradas. Ao passo que o segundo, o neoliberal, só visa destruição de direitos,

---

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p.442-443.

<sup>50</sup> RISSI, Rosmar. **Teoria do Mínimo Existencial**: Direitos fundamentais sociais e democracia. Curitiba: Juruá. 2017. p.176.



e dá maior liberdade de exploração, onerando os mais pobres a uma tributação regressiva.

Mas, para criar o Estado Social é necessário que os Poderes da Federação se conscientizem da necessidade de trabalhar de forma independente e harmonicamente, de acordo com a Constituição Federal. O Executivo precisa administrar no sentido de que as políticas públicas devam ser harmonicamente programadas de acordo com um modelo econômico e político exequível. Sem isso o país não caminha democraticamente para seu desenvolvimento. A luta jurídica continua sendo a equiparação dos direitos sociais aos fundamentais, o que será desejo da maioria da população.

A Previdência Social se torna inviável quando um governo escolhe um tipo de Estado que privilegia classe social, e aceita a imposição de uma política externa de dependência. Mas, estamos diante de um Estado Social, consagrado pela Constituição Federal, que prima pela aplicabilidade das políticas públicas, efetivando os preceitos de um estado democrático de direito.

A conclusão principal desse trabalho sugere que estamos diante da viabilidade da Previdência Pública brasileira, muito embora com a alegação de recursos escassos. Quando se fala de recursos escassos fala-se de economia. Diante dessa preocupação é importante refletir se a política econômica do país está voltada ao pleno emprego, previsto na Constituição Federal, para praticar políticas de um Estado do bem-estar social.

Por fim, os direitos sociais previstos na Constituição são frutos de conquistas de várias gerações e não podem ser abandonados, sob alegação de crise econômica. O Estado encontra freio na prática do retrocesso na medida em que não se pode simplesmente querer reformar e diminuir direitos se esses já fazem parte do patrimônio da cidadania.

Finalmente, a Previdência Social Pública por “repartição simples” é nosso mais eficiente sistema de transferência de renda para os mais necessitados. O sistema de capitalização será a completa exclusão deles. Em

outras palavras, a saúde, a assistência e a previdência, vista sob a Constituição Federal de 1988, nos dá a ideia de como incluir os excluídos. Como já dito, a soberania da Constituição Federal deu conotação à Seguridade Social como um sistema solidário, contando, de um lado, com o princípio da proibição do retrocesso e de outro lado com a reserva do possível, mas tendo em mente a não exclusão do mínimo existencial.

## Referências

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direito/s/anthist/marcos/hdh\\_arendt\\_origens\\_totalitarismo.pdf](http://www.dhnet.org.br/direito/s/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf)>. Livro eletrônico. Acesso em: 18 dez. 2017.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Edson Bini. 3. ed. Bauru, SP: Edipro, 2009
- BALERA, Wagner. Direito internacional da seguridade social. **Revista de Doutrina do TRF4**, [S.L., 2017]. Disponível em:<[http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/arquivos/edicao007/wagner\\_balera.htm](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/arquivos/edicao007/wagner_balera.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOLLMANN, Vilian. **Previdência e justiça**: o direito previdenciário no Brasil sob enfoque da teoria da justiça de Aristóteles. Curitiba: Jurúa, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). **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: 15 jan. 2019.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins fortes, 2010.
- ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.). **Constitucionalismo democrático na América latina: desafios do século xxi**. Curitiba: Multideia, 2015.
- FILHO, Wladimir Novaes. **Constituição da República federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins fontes, 2012.
- IBRAHIM, Fábio Zambite. **A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação**. Niterói: Impetus, 2011.
- JUNIOR, Marco Aurélio. **Economia e Seguridade Social: Análise Econômica do direito Seguridade Social**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012
- JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NIEDERBERGER, Andreas. **Transformations of democracy**. London, New York: Rowman e Littlefield, 2015.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RISSI, Rosmar. **Teoria do mínimo existencial: direitos fundamentais sociais e democracia**. Curitiba: Juruá, 2017.
- SADDY, André. **Neoconstitucionalismo e as transformações da concepção de interesses públicos**. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.).

**Constitucionalismo democrático na América Latina:** desafios do século XXI. Curitiba: Multideia, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. 5. v.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Senado Notícias. **CDH vai discutir decisões judiciais contra o INSS.** Fonte: Agência Senado. [S.I.], 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/12/cdh-vai-discutir-decisoes-judiciais-contr-o-inss>>. Acesso em: 14 out. 2019.

Senado Notícias. **CPI da previdência aprova relatório final por unanimidade.** [S.I., 2017?]. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/25/cpi-da-previdencia-aprova-relatorio-final-por-unanimidade>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos:** reserva do possível. São Paulo: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010. v.1,

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SINDIFISCO NACIONAL. **A mentira sobre o rombo da previdência social.** [S.I., 2017?]. Disponível em: <http://www.somosauditores.com.br/previdencia-social/110-a-mentira-sobre-o-rombo-na-previdencia-social.html>. Acesso em: 15 dez. 2017.

SINGER, Paul. A cidadania para todos. **A história da cidadania.** PINSKY, Jaime; BASSANEZI, Carla. (Org.). São Paulo: Contexto, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado: n. 14. São Leopoldo: Karywa, 2018.

## Violações de direito pela mídia: uma análise jurisprudencial

Adriana Bohnert <sup>1</sup>

### 1. Introdução

“No reino das finalidades tudo tem um preço ou uma *dignidade*. No lugar daquilo que tem um preço, pode ser colocada outra coisa, *equivalente*; por outro lado, possui uma dignidade aquilo que está acima de qualquer preço, portanto, não possui nenhum equivalente<sup>2</sup>”, nos diz Kant, sobre a dignidade e seus destinatários exclusivo, que é o ser humano. Embora seja uma expressão e um conceito, largamente conhecido e disseminado, ainda é muito difícil de ser compreendido em todas as suas aplicações concretas, existindo ainda muitas violações de direitos fundamentais garantidos pela lei, que acabam por ferir a dignidade da pessoa humana. Algumas destas violações de direitos fundamentais tem origem na forma com que a mídia noticia o crime, pois ao fazê-lo, além de identificarem nominalmente o preso provisório, divulgam sua imagem, sem seu consentimento, sua voz, endereço, familiares, entre outros elementos, expondo-os a condições vexatórias e desumanas.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), vinculada à Linha de Pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1747167311116729>.

<sup>2</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018. p. 77.

Nesse sentido, o presente artigo, tem por objetivo demonstrar, por meio de decisões judiciais e sua conexão com a perspectiva Kantiana da dignidade, a violação dos direitos de presos provisórios ao terem sua imagem publicada pela mídia em programas policiais, sem previa fundamentação da autoridade policial ou autorização do próprio preso. Dessa forma o trabalho será dividido em três seções.

Na primeira sessão tratar-se-a, brevemente, sobre as violações de direitos pela mídia brasileira, demonstrando a forma com que a mídia se utiliza do crime, para disseminar um sentimento de insegurança e incentivar o pensamento de vingança privada, sem ocupar-se da responsabilidade pelo conteúdo publicado.

Na segunda sessão, serão analisadas duas decisões judiciais, a primeira, proveniente da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pela Desembargadora Renata Machado Cotta, e a segunda, emitida pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, pelo Desembargador Alberto Vilas Boas.

Por fim, na terceira seção, analisar-se-á os pensamentos e conceitos sobre a dignidade da pessoa humana pela perspectiva Kantiana, destacando a necessidade de defesa e preservação deste preceito fundamental para a vida humana.

## **2. Violações de direitos pela mídia:**

Antes de tratar da dignidade da pessoa humana sob o prisma Kantiano através da jurisprudência, é importante dissertar a respeito do papel da mídia na sociedade moderna, que além de transmitir informação e conteúdo simbólico, altera as relações entre os indivíduos, pois, segundo Thompson, os meios de comunicação trazem novas formas de interações interpessoais. Quando o contato face a face, não é mais necessário, os meios de comunicação exercem o papel de ligação entre as pessoas, e conseqüentemente interferem na sua forma de pensar e reagir ao outro<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> THOMPSON, John B. **A mídia e a Modernidade**: Uma teoria social da mídia. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998. p. 13-14

A mídia é um espaço social manuseado por diversos agentes, dentre eles os jornalistas, que ao publicar a notícia nos meios de comunicação, procuram dar existência política a uma opinião tida como pública, que é manipulada por estes mesmos agentes<sup>4</sup>. Dessa forma, os jornalistas tornam-se influentes:

[...] exprimem sua opinião que pensam ser também a opinião de seus leitores e essa opinião pré-ajustada ao público, lida pelos leitores, tende a tornar-se a opinião dos leitores e, por consequência, um importante componente do que é percebido como “opinião pública”.<sup>5</sup>

E diante disso, torna-se importante perguntar: Que agente representa essa “opinião pública”? Qual a parcela da população, que reproduz essa “opinião pública”, tem influência sobre o governo? Ao impor estas questões observa-se que o mais preocupante não é a existência da “opinião pública”, mas sim quem a população permite que a exprima em seu lugar<sup>6</sup>.

Com o objetivo de entender o domínio da mídia no que se refere a “opinião pública” e daqueles legítimos a exprimi-la Guareschi propõe a análise de quatro afirmativas. A primeira afirmação parte do pressuposto que a comunicação constrói a realidade. Mesmo sendo difícil definir o que é realidade, pois ela é relativa, no contexto tratado, realidade é apenas aquilo que existe, apenas aquilo que tem valor, o que legitima, trás densidade significativa ao dia-a-dia, passa-se a existir quando é vinculado pela mídia.

A segunda afirmativa complementa o conteúdo da primeira: A mídia não só diz o que existe, mas decide o que não existe pelo seu silêncio dando uma conotação valorativa de que algo é bom e verdadeiro com relação ao que ao que existe, ou seja, tudo o que é vinculado à mídia, existe e é bom e verdadeiro a não ser que algo seja dito, pela própria mídia, o contrário<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996. p. 32

<sup>5</sup> CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996. p. 71

<sup>6</sup> CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996. p. 37

<sup>7</sup> GUARESCHI, Pedrinho A. BIZ, Osvaldo. *Mídia & Democracia*. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005. p. 62

A terceira afirmativa ainda diz respeito à complementação da primeira afirmação e determina que a mídia hoje detém o poder de controlar a agenda de discussões, ou seja, determina o que deve ser falado, discutido em sociedade e nesse sentido podendo decidir o que entra em pauta de discussão da sociedade acaba por controlar também o que não deve entrar em pauta, o que deve ser excluído do conhecimento da população, o que deve permanecer na ignorância de todos<sup>8</sup>.

A quarta e última afirmativa é que a televisão passou a ser um personagem presente no cotidiano das pessoas e essas pessoas passaram a interagir com esse personagem e conseqüentemente ele passou a ser parte da construção da subjetividade do ser humano e assim determina a sua interação com os demais participantes do meio social em que se encontra<sup>9</sup>.

Bourdieu, por sua vez, fala da relação paradoxal da televisão de ocultar mostrando que é o mostrar o que precisa ser mostrado, mas de uma forma que não é mostrado ou se é mostrado é de forma insignificante, ou seja o que é revelado adquire um sentido que não corresponde a realidade, e destaca ainda que os jornalistas selecionam dentro da realidade os aspectos que lhe são úteis, como se possuíssem óculos que vissem certas coisas e não outras e o princípio dessa seleção é a busca pelo sensacional: põe em cena um acontecimento e coloca-lhe importância demais exagerando-lhe os aspectos trágicos. Jornalistas interessam-se pelo que rompe com o ordinário, precisam oferecer o extraordinário tornando-o ordinário pela insistência em demonstrá-lo. Porém existe um perigo real nesse uso ordinário/extraordinário da televisão, ele gera mobilização<sup>10</sup>. Assim:

As variedades, os incidentes ou os acidentes cotidianos podem estar carregados de implicações políticas, éticas etc. capazes de desencadear sentimentos fortes, frequentemente negativos, como racismo, a xenofobia, o medo-ódio do estrangeiro, e a simples narração, o fato de relatar, *to record*, como *repórter*,

---

<sup>8</sup> GUARESCHI, Pedrinho A. BIZ, Osvaldo. *Mídia & Democracia*. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005. p. 63-64

<sup>9</sup> GUARESCHI, Pedrinho A. BIZ, Osvaldo. *Mídia & Democracia*. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005. p.64

<sup>10</sup> BOURDIEU, Pierre. *Sobre a Televisão*. Rio de Janeiro: Zahar. 1997. p. 24-28.



implica sempre uma construção social da realidade capaz de exercer efeitos sociais de mobilização (ou de desmobilização).<sup>11</sup>

E assim naturalmente a televisão insensivelmente transforma-se em instrumento gerador de realidade fazendo a sociedade ir rumo a um mundo eu é descrito pela televisão: “A televisão se torna o arbitro do acesso à existência social e política”<sup>12</sup>.

Como afirma Gomes, a população acaba por ter acesso a uma informação filtrada, construída pelos jornalistas que direcionam a atenção do público para assuntos específicos preparados por eles e cujos motivos são muito variados, mas que englobam conflitos de interesse político, econômico e principalmente de poder. A mídia pode ser boa em dizer à população como pensar, mas é exímia em dizer em quê pensar e influenciando na forma de pensar acabam por influenciar na forma de viver, no comportamento individual e nas relações interpessoais<sup>13</sup>.

Isso se deve ao poder que é atribuído a mídia, um poder de fiscalização das instituições democráticas, tem função de limitar o poder e para tanto delimita o que chega e o que não chega na coletividade, esse poder, de moldar a realidade e construir um pseudoambiente acabam por delegar a mídia a função de determinar o espaço público relevante o que acaba gerando uma aproximação da mídia e da política, porém para que uma mídia seja independente é necessário que ela apenas flerte com o poder, mas não se deixa dominar por ele, ela não negocia, não concede, não transige, em suma, age com cautela para não se deixar corromper pela política embora possa manter uma relação muito estreita com ela<sup>14</sup>.

Assim não é preciso ir além do que foi dito para perceber que a mídia, e principalmente a televisão exercem um controle das massas e que ao apropriar-se dos significados de palavras como crime, criminoso, bandido,

---

<sup>11</sup> BOURDIEU, Pierre. *Sobre a Televisão*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 28.

<sup>12</sup> BOURDIEU, Pierre. *Sobre a Televisão*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 29.

<sup>13</sup> GOMES, Marcus Alan. *Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 63.

<sup>14</sup> GOMES, Marcus Alan. *Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 66-68

vítima, convencem o público do sentido atribuído por eles (os jornalistas)<sup>15</sup>.

### 3. Decisões judiciais:

Ao compreender que a mídia viola direitos fundamentais importa analisar como o judiciário brasileiro tem reagido a tais violações, passando-se, portanto, para a análise jurisprudencial.

#### 3.1. Primeira decisão:

A primeira decisão, trata-se de um acórdão proferido pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pela Desembargadora Renata Machado Cotta, ao decidir a Apelação Cível nº 0131366-09.2013.8.19.0001, tendo como apelante o Estado do Rio de Janeiro e apelada a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pretendia o poder público a reforma da decisão de primeiro grau, por considerar o pedido formulado pela defesa, de permitir a divulgação de imagens dos presos provisórios, sem que fosse possível sua identificação mostrar-se descabido.

A desembargadora relatora, em seu voto, esclarece que, o direito à imagem diz respeito a capacidade de decisão no que se refere a exposição de sua própria imagem a terceiros. Tal controle veda a divulgação de imagem ou montagens em meios de comunicação, tanto de pessoas físicas e jurídicas.

Informou que o tema já havia sido tratado pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 89429, que tratava sobre a exposição de pessoas algemadas, onde concluiu-se que havia ofensa ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, por “infâmia social”. No julgamento do referido *Habeas Corpus*, a Ministra Carmem Lúcia destacou que não há distinção

---

<sup>15</sup> GOMES, Marcus Alan. *Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 73

entre seres humanos de categorias diferentes e que lhe deve ser garantido o conjunto absoluto de direitos fundamentais.

A desembargadora ainda destacou a importância de se discutir a violação do direito a honra, por divulgação de mera suspeita, de ação penal sem trânsito em julgado.

Em outro ponto descreve o conflito entre direito de informação e o direito à imagem, enfatizando que este conflito deve ser resolvido com base na ponderação, por não haver conflito entrecortas oriundas de um mesmo dispositivo legal, no entanto, sendo direitos colidentes, deve haver, a ponderação, no caso concreto. Utilizando-se o método de ponderação de interesses, cabendo ao legislador estabelecer a hierarquia entre os direitos conflitantes, através da intensidade de preferência contudente à otimização constitucional, ou seja, estabelece a relação precedente entre valores, fundamentando as razões de todos os interesses para estabelecer qual bem fundamental precede o outro.

Segundo o que expõe o voto, o direito de informação é a extensão do direito a liberdade, restando porém o questionando, de ser ou não, esta expressão de liberdade, ilimitada. Nesse cenário:

(...) apesar de constituir uma relação intrinsecamente conflitual, não necessariamente a liberdade de informação encontra-se numa situação de real colisão com interesses de particulares, nomeadamente em matéria de salvaguarda da intimidade, da honra e da imagem. Isso quando em princípio é possível delimitar o âmbito de proteção do direito constitucional, excluindo os conteúdos que possam considerar-se de plano, constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando não estão expressamente reservados na definição textual do direito<sup>16</sup>.

Assim, não é necessária a aplicação da do direito à intimidade da vida privada, se a notícia foi publicada de forma legítima, prevalecendo a liberdade de expressão e de informação sobre o direito à intimidade e vida

---

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 011366-09.2013.8.19.0001. Apelante: Estado do Rio de Janeiro. Apelada: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Desembargadora Renata Machado Cotta,

privada, ao passo que, se o oposto ocorrer e a notícia for publicada de forma ilegal, prevalecera o direito a intimidade e a vida privada.

No caso em tela, no entanto, a liberdade de expressão, o direito de informação é tido como uma possibilidade de informar a sociedade informações de pessoas que cometeram delitos, além de ser defendida como instrumento de persecução penal.

Nesse sentido, em alguns casos, a divulgação de imagens fotos e dados de pessoas presas é essencial no transcorrer do processo, por varias razoes, seja porque o suspeito não foi identificado, ou esteja ele foragido, sendo necessária a ponderação dos respectivos direitos.

A desembargadora destaca ainda que, é do Poder Público o dever de controlar as informações que são transmitidas à mídia, no que diz respeito a investigações penais em curso, por duas razões: a primeira é o caráter sigiloso das investigações criminais e a segunda é o fato de o preso provisório estar sob sua tutela, sendo de sua responsabilidade a preservação do direito à intimidade e da vida privada.

O direito à informação não pode encontrar obstáculo em decisões discricionárias, quando justificáveis, ou seja, quando se viola o direito a imagem de um individuo para salvaguardar o direito de imagem, honra e intimidade de terceiros, ou quando for essencial para a proteção do interesse e garantia pública.

Além do mais impõe-se ao Estado a observância e o respeito às liberdades pública, sendo uma obrigação indeclinável, diante da necessidade de submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana.

E nesse sentido adverte ao citar Celso Lafer, informando que:

(...) o valor da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura - o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental - passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário de natureza<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 118.

Com relação aos indivíduos que encontram-se presos, sem que haja uma sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, são presos provisórios, a desembargadora relatora adverte que o cuidado do Poder Público deve ser redobrado, pois, além do fato de que os indivíduos estão sob a tutela Estatal, ainda prevalece a presunção de inocência.

Portanto considerando que, por vezes a divulgação de imagens do preso provisório é pertinente desde que justificada de forma concreta e prévia, quando da necessidade de viabilizar a identificação de possíveis vítimas e testemunhas.

O voto não cerceia o direito da liberdade de expressão ou de informação, e não trata-se de censura prévia, que naturalmente são incompatíveis com o Estado de Direito, mas exige maior responsabilidade do agente que exerce atividade indispensável à administração da justiça, necessária para a própria manutenção do Estado Democrático de Direito.

Diante do exposto o voto manteve a sentença de primeiro grau que determinou que os agentes públicos apenas, excepcionalmente e de forma motivada promovessem a divulgação de imagens de presos provisórios, e se necessária a divulgação, deveria ser desacompanhada de nome, endereço ou profissão, a fim de minimizar os danos da exposição midiática.

### **3.2 Segunda Decisão:**

A segunda decisão, diz respeito ao Agravo de Instrumento nº 1.0000.18.108797-4/001, interposto pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, contra o Estado de Minas Gerais, com voto emitido pela 1ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por meio do Desembargador Relator Alberto Vilas Boas.

Em tal recurso a Defensoria Pública buscou a reforma da decisão interlocutória proveniente do juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que indeferiu tutela provisória de urgência. Em suas razões recusaís, o agravante teria ajuizado uma ação

de obrigação de fazer, alegando a violação de direitos de imagem, privacidade e das garantias concedidas pela lei e tratados internacionais de direitos humanos das pessoas presas, ao serem apresentados para a mídia.

O agravante pediu concessão de tutela de urgência, para que fosse proibida a apresentação, pela polícia, de imagem e/ou voz de pessoa presa preventivamente, para a mídia, e, caso contrário, que fosse expressa e previamente justificada, com fundamentação específica e concreta, pela autoridade policial, segundo os termos do Parecer da Advocacia Geral do Estado nº 15.723/2016.

Ainda, alega que a decisão a quo, deve ser reformada, pois o conteúdo da discussão já estaria expresso no art. 41, inciso VIII, da Lei de Execução Penal, além de ressaltar, ser de conhecimento geral que existe um abuso da utilização da imagem de pessoa presa provisoriamente, quando ainda reina a presunção de inocência, garantida pela Constituição.

O relator inicia o voto colacionando o art. 5º, incisos X e XLIX, da Constituição Federal de 1988, onde consta que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e também prevê, que ao preso é assegurado o respeito à integridade física e moral.

Colaciona também o relato o art. 20 do Código Civil, onde consta que, salvo quando autorizadas, necessárias à administração da justiça, ou à manutenção da ordem pública, a divulgação ou a utilização da imagem de uma pessoa podem ser proibidas, a seu requerimento.

Da mesma forma, prevê a Lei de Execução penal, em seu art. 41, inciso VIII, que constituem direitos do preso, a proteção contra qualquer tipo de sensacionalismo.

E diante disso, o desembargador relator destacou que, de acordo com os dispositivos colacionados, a prevenção da imagem da pessoa presa deve ser protegida pelo Estado, diante da previsão da proteção à honra, imagem e sensacionalismo, destaca também que a exposição desnecessária de presos provisórios são de fácil acesso, ocorrendo diariamente na mídia.

O magistrado, em seu voto, reconhece que o direito de informação e a liberdade de imprensa tem previsão legal e proteção do ordenamento

jurídico, porém, concorda com a Advocacia-Geral do Estado (parecer nº 15.723/16), quando este afirma que a exposição de imagem, deve ocorrer somente quando justificada com elementos objetivos e concretos, demonstrando o interesse público, sem o uso de expressões genéricas ou afirmativas abstratas destituídas de base fática comprovada.

Considera, que, em alguns casos, a apresentação do preso provisório à mídia, pode ser importante para a resolução de alguns processos ou investigações, resultando no aparecimento de novas vítimas, garantindo maior celeridade e eficiência na administração da justiça. No entanto, ainda concordando com o parecer da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, ressalta a importância de que a exposição seja pré justificada e sem excessos de qualquer natureza. Por outro lado, refere que, expor deliberadamente a imagem do preso, sem motivada legal implica em ofensa a dispositivo constitucional.

Por fim, concedeu a antecipação de tutela, para assegurar que a divulgação da imagem e voz dos presos seja realizada de forma excepcional, cautelosa e motivada quando o caso concreto demandar a divulgação para melhor administração da justiça.

#### **4. Dignidade da pessoa humana:**

Foi possível observar, analisando as decisões acima expostas, que as violações de direitos fundamentais ocorre mais vezes do que se pode imaginar, sendo assunto constante nas decisões judiciais a serem tomadas pelos Tribunais de Justiça de todo o país. Foi possível notar, também, que as violações que deram origem a estes julgados, de forma geral, foram muito semelhantes, todas violaram garantias fundamentais a imagem, vida privada, presunção de inocência, e intimidade, todos previstos na Constituição Federal, nos tratados internacionais, na lei de execução penal, no código civil, além de violarem as normas de regulamentação midiática

e jornalística em vigor no país, ou seja violam a dignidade da pessoa humana, o que nos remete a uma discussão muito antiga, mas não menos importante.

Michel Rosen, em seu livro titulado “*Dignidade*”, ao citar Schopenhauer<sup>18</sup>, afirmando que a discussão a respeito da dignidade, tem sido vista com certo escárnio, nos propõe a reflexão sobre a importância da palavra nos debates políticos e éticos na contemporaneidade.<sup>19</sup>

No entanto, quando se analisa o conceito de dignidade, pode-se observar uma grande falta de interesse filosófico, e quando se propõe a estudá-lo, as reações do filósofo são, comumente, a hostilidade e o desdém. Para a maior parte dos filósofos, o conceito de dignidade poderia ser substituído por outro que fosse mais útil, mais fundamental, representando apenas a necessidade de respeitar uma pessoa, compreende-la como um sujeito capaz de reivindicar<sup>20</sup>.

Observa-se que o conceito de dignidade pode ter muitos contextos, que se desenvolveram através da história, desempenhando papéis distintos em cada período e em cada sociedade, desenvolvendo-se mediante vertentes que se aproximam e se distanciam em vários momentos.

A dignidade não foi tida como algo essencialmente humano a princípio, no século XIX o termo dignidade era usado pela Igreja Católica como elemento do discurso anti-igualitário, e o fato de a dignidade da pessoa humana, ter sido associado ao pensamento católico, posteriormente, corresponde a uma evolução intelectual importante<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> “(...) essa expressão, dignidade do homem, proferida certa vez por Kant, tornou-se posteriormente santo e senha de todos os moralistas frívolos que, por trás dessa imponente expressão, escondiam sua falta de um fundamento verdadeiro da moral ou, para todos os efeitos, de um fundamento que tivesse qualquer significado. Contavam astuciosamente com o fato de que seus leitores se contentariam em ver-se investidos dessa *dignidade* e assim, sentir-se-iam plenamente satisfeitos”. (ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 23).

<sup>19</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 23.

<sup>20</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 26-27.

<sup>21</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 29.



Portanto, inicialmente o conceito de dignidade ligava-se ao *status* social elevado, e se representava por meio dos privilégios de tratamento que eram destinados as pessoas que detinham este status social elevado<sup>22</sup>. No entanto na tradição ocidental, dignidade representou algo a mais do que mero *status* social, o que entrou em questão, foi a posição que o ser humano ocupa no universo e não mais a posição que alguns indivíduos ou grupos de pessoas ocupam em relação a outros indivíduos<sup>23</sup>.

Esta ampliação do conceito de dignidade que iniciou-e com Cícero, retornou no período da renascença, onde destaca-se Pico della Mirandola, na oração conhecida como *De Dignitate Hominis*. Nesta oração Pico descreve a natureza humana, o que seria muito importante para o autoconhecimento do ser humano no mundo moderno<sup>24</sup>. Assim:

A singularidade do homem, declara ele, reside precisamente no fato de não se limitarem os seres humanos a preencher um papel predeterminado; ao contrário, o homem *escolhe* seu próprio destino, porquanto Deus lhe deu a capacidade de moldar-se a si mesmo de acordo com uma série de possibilidades não disponíveis a outras criaturas. A oração de Pico parece abrir um caminho relativamente claro para o uso da dignidade que encontramos nos documentos modernos sobre direitos humanos. 'Dignidade' deixa de denotar o *status* elevado de algumas pessoas de uma sociedade em particular para tornar-se um atributo dos seres humanos em geral, ligado estritamente à sua capacidade de autodeterminação<sup>25</sup>.

No entanto, o desenvolvimento da ideia dignidade, teve outras vertentes, como por exemplo na concepção de Francis Bacon, que no seu livro *Advancement, of Learning*, o termo *dignitas*, foi aplicado a uma entidade abstrata, o “saber”, sendo que, neste sentido a tradução mais próxima do

---

<sup>22</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 30.

<sup>23</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 31.

<sup>24</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 34.

<sup>25</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 34.

sentido atribuído ao termo, é de “mérito” ou “valor”. Em outro ensaio de sua autoria, titulado *Of Great Place*, o termo “dignidade” é usado no sentido de que para a ascensão aos altos postos da sociedade, exigem do ser humano a tolerância de indignidades, ou seja, por meio do sofrimento é que se adquire a dignidade<sup>26</sup>.

Nesse sentido, observa-se três significados distintos para o termo “Dignidade”, como atributo valioso não restrito ao ser humano, como status social elevado e como comportamento dotado de caráter digno, todos provenientes de um mesmo autor em um mesmo período histórico<sup>27</sup>.

A dignidade compreendida como “valor” iniciou-se com São Tomás de Aquino, que explica a dignidade como “a bondade de uma coisa por si mesma”, ou seja, é um termo utilizado para descrever o valor intrínseco de alguma coisa, o valor nato que possui ao ocupar lugar na criação Divina. Ao Contrário deste pensamento, o Bispo Bossuet, ao pronunciar-se, por meio do sermão “*Sur l'éminent dignité des pauvres dans l'Église*”, e não professando a igualdade social, não teve intenção de conferir, ao povo, status social equivalente ao da nobreza. Neste seguimento, pode-se dizer que, do ponto de vista católico, naquele momento histórico, nem toda dignidade é humana, mas a dignidade humana é apenas um dos tipos de dignidade.

Apesar do exposto, o conceito de dignidade só passou a desempenhar um papel mais importante nas discussões políticas a partir dos pensamentos de Kant, e nada mais justo do que a sua compreensão de ‘dignidade’ ocupe o centro de qualquer análise do termo. Em sua obra “*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*”, utiliza-se do termo ‘würde’ que no alemão significa ‘mérito’, ‘valor’, e apresentando sua concepção de moralidade apresenta dois tipos de “valor”, os fungíveis, passíveis de

---

<sup>26</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 34-35.

<sup>27</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 35.

substituição, e os dotados de valor íntimo, que possuem um valor incondicional e incomparável<sup>28</sup>:

No reino das finalidades tudo tem um preço ou uma dignidade. No lugar daquilo que tem um preço, pode ser colocada outra coisa, equivalente; por outro lado, possui uma dignidade aquilo que está acima de qualquer preço, portanto, não possui nenhum equivalente. O que se refere às necessidades e inclinações humanas em geral, têm um preço de mercado; aquilo que não pressupõe uma necessidade, mas está de acordo com um determinado gosto, isto é, com o prazer de uma simples diversão gratuita que satisfaz nossa sensibilidade, possui um preço afetivo; mas o que leva em conta a condição pela qual algo possa ser uma finalidade em si, não possui um valor apenas relativo, isto é, um preço, mas um valor interno, ou seja, uma dignidade. Então a moralidade é a única condição pela qual um ser racional pode ser finalidade em si mesmo, porque só por meio dela é possível alguém ser um membro legislador no reino das finalidades. Portanto, a moralidade e a humanidade na medida em que está última é apta a possuir essa moralidade, são as únicas a terem dignidade<sup>29</sup>.

Nota-se neste ponto uma semelhança significativa da visão Kantiana de dignidade e o pensamento de São Tomás de Aquino, no sentido de que tudo o que tem dignidade tem um valor intrínseco, incondicional e incomparável, no entanto, enquanto São Tomás de Aquino vê varias tipos de dignidade, dependendo do lugar que o ser ocupa na criação Divina, Immanuel Kant delimita a dignidade aplicando-a apenas ao ser humano, e ao contrário da compreensão católica da época, a concepção Kantiana de dignidade é profundamente igualitária: “A dignidade é algo que compartilham todos os seres humanos. Estamos todos )todos os que alcançamos a “idade da razão”, bem entendido) sujeitos às suas demandas, seja qual for o lugar na sociedade que eventualmente ocupemos, e é isso

---

<sup>28</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 38-39.

<sup>29</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018. p. 77.

que nos confere nosso valor íntimo inalienável”<sup>30</sup>. Kant então questiona, o que autorizaria a virtude ou a boa intenção moral a fazer tais demandas.

Segundo seu pensamento o que autorizaria as demandas é a participação do ser racional na legislação universal, tornando-se um possível participante do reino das finalidades, o qual já encontra-se destinado a pertencer, pela sua própria natureza humana, possuindo finalidade em si mesmo, e também por ser um ser livre, obedecendo as leis que impõe a si mesmo de forma que suas máximas podem perene ser a legislação universal, a qual ele se submete<sup>31</sup>. Dessa forma:

Nada tem um valor além daquele que lhe é determinado pela lei. Mas justamente por isso a própria legislação que determina todo valor, precisa ter uma dignidade, isto é, uma valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra respeito nos fornece a expressão mais convincente da estima que um ser racional deve lhe dedicar<sup>32</sup>.

Neste ponto destaca-se dois pontos importantes que Kant relacionou com a dignidade, a autonomia e o respeito.

Para Kant, a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana, ao explicar que nossa natureza moral advém do fato de que Deus nos fez seres livres. Para ele a autonomia é a ideia de que a lei moral, a qual nos devemos reconhecer obriga-nos a agir por nos mesmos, o que é muito diferente da concepção atual de autonomia, que diz respeito a possibilidade de cada ser humano decidir o caminho que sua vida levará. A compreensão visão Kantiana, liga-se a forma de agir de cada ser humano, que deve agir com respeito ao outro e a si mesmo, a autonomia de agir de forma positiva ou negativa<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 41-42.

<sup>31</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018. p. 78.

<sup>32</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018. p. 78.

<sup>33</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018. p. 78.

O respeito associado a dignidade por Kant, aproximasse do significado original de dignidade associada a *status*, pois por meio do respeito, reconhece-se o *status* de alguém. No entanto, esta aproximação com o significado de dignidade ligado ao *status*, é feito de uma forma distinta e nova. O que se reconhece como digno não é a posição que a pessoa ocupa na sociedade, muito menos a posição que o ser humano ocupa como cidadão do mundo, mas a função legisladora da moralidade<sup>34</sup>, a função que o ser humano ocupa como legislador do reino das finalidades, como mencionado acima.

Kant ainda associa esse núcleo essencial digno de respeito uma compreensão mais abrangente de nossos deveres de respeito, discutindo respeito próprio e humildade em sua obra intitulada “Metafísica dos Costumes”. A humildade diz respeito ao exame de nós mesmos comparando nossa conduta e existência comparando com as exigências impostas pela lei moral. Produz-se a humildade na medida em que se faz compreender a distancia entre o que somos e o que devemos ser incutindo também a noção de respeito próprio<sup>35</sup>:

(...)’de nossa capacidade de legislação interna e do homem (natural) sentir-se ele mesmo compelido a reverenciar o homem (moral) em sua própria pessoa surgem, simultaneamente, exaltação e a mais elevada autoestima, o sentimento de seu valor interior, [...] ponto de vista a respeito do qual está ele acima de qualquer preço [...] e possui uma dignidade inalienável [unverlierbare] [...]que nele instila o respeito por si mesmo’. A dignidade é algo que todos possuímos em virtude da “humanidade em nossa pessoa, e isso fundamenta os deveres de respeito mútuo e respeito próprio<sup>36</sup>.

Em suma para Kant todo ser humano é dotado de dignidade na medida que a lei moral, que é a única coisa incondicionalmente valiosa e

---

<sup>34</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 43.

<sup>35</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 44.

<sup>36</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 44.

intrínseca, encontra-se em nossa essência, constituindo um núcleo íntimo transcendental, compartilhado por todos igualmente<sup>37</sup>.

## 5. Considerações finais

Embora seja impossível identificar o discurso utilizado pela mídia nos acórdãos analisados, importa esclarecer que o discurso emitido pela televisão sensacionalista e o discurso emitido pela sociedade é muito parecido, em verdade, é praticamente idênticos, pois na verdade, a sociedade reproduz a mídia. A utilização, pela mídia, de termos fortes como “bandido bom é bandido morto”, “se fosse um trabalhador de bem...”, “estuprador vagabundo”, “bandido”, “criminoso”, são os mesmos termos utilizados nos diálogos cotidianos das relações interpessoais em sociedade, tais discursos e palavras são normalmente empregados, por ambas as partes, mídia e sociedade, para inflamar opiniões, reações, contra o que eles chamam injustiça. Porém o mais curioso é, que isso se transformou em um ciclo vicioso, onde tornou-se impossível identificar, onde termina a mídia e começa a sociedade. Ambos tem reproduzido suas próprias palavras tão frequentemente, que não se pode mais identificar onde encontram suas diferenças, eles se transformaram em um único organismo, que se autolegitima, e age defendendo a si mesma, e excluindo tudo o que foge do padrão exposto, pré-determinado.

Sendo, portanto, legitimada pelo poder de fiscalização que a sociedade lhe confere, a mídia, expõe os fatos da forma eu lhe convêm, e essa forma, que normalmente é sensacionalista, é considerada comum, e plenamente aceita pelos telespectadores, tão aceita, que como descrito acima, é reproduzida, sem raciocínio, sem reflexão. Os fatos são aceitos como verdade, a exposição dos presos provisórios é defendida como necessária, sendo um direito da população saber o que acontece e como acontece.

---

<sup>37</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015. p. 47.

A forma sensacionalista de emissão é defendida como direito fundamental a informação, sem darem-se por conta de que esse direito, ou a forma como ele é exercido, viola a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais. Porém, por se tratarem da dignidade e dos direitos fundamentais dos que encontram-se nas margens da sociedade, portanto marginais, não são compreendidos pela sociedade como direitos dignos de proteção. Assim tais violações não são vistas como um problema, mas sim consideradas necessárias para a manutenção do ideal de sociedade almejado pela maioria.

A fim de demonstrar como a mídia utiliza-se do crime para controlar a massa, manipulando a opinião pública, importa dissertar ainda sobre os tipos de violações de direitos fundamentais, que por sua vez, ferem a dignidade da pessoa humana, e estão diretamente relacionados com as decisões analisadas no item acima.

Observa-se que, na imprensa, uma das violações mais comuns é a violação da presunção de inocência, que ocorre quando, sem apresentação de provas, sem julgamento, ou sentença transitada em julgado, o acusado é considerado e tratado como culpado. Para a população que assiste a programas sensacionalistas, e esta acostumada com o tipo de linguagem e publicações que são utilizadas pelo programa, pode parecer que o fato de mostrar o acusado saindo de uma viatura algemado, identificando-o pelo seu nome, seguido de uma acusação de estupro, não corresponde a comportamento que levam a graves consequências e por isso tal conduta não é levada a sério. Porém é inegável que quando o direito de ser considerado inocente, até que seja proferida uma sentença, e que esta tenha transito em julgado, é violado, um direito fundamental de todos, defendido pela Constituição Federal, é ignorado, o que consequentemente fere a dignidade devida a uma pessoa, simplesmente pelo fato de ser humano, e isso, por si só, deveria corresponder a uma consequência digna de punição.

Posteriormente observa-se a violação de exposição indevida de pessoa e família, ocorrendo quando o acusado é identificado e exposto a

estigma social, por meio de fotos, vídeos e entrevistas onde é possível identificar o rosto dos acusados violando a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal que garante a proteção à imagem do acusado e proteção contra o sensacionalismo, ferindo, mais uma vez a dignidade da pessoa humana, ao expor o preso a situação vexatória.

O conteúdo exposto nos leva a reflexão da real importância que a dignidade tem, para as discussões atuais a respeito dos direitos da pessoa presa, e também da população carcerária Brasileira. Embora todas as decisões analisadas tenham sido, todas, no sentido de proteção da dignidade dos presos provisórios, foi possível identificar que os magistrados defendem a possibilidade de exposição do indivíduo, quando pertinente para a investigação criminal, e nesse sentido questiona-se, se a dignidade da pessoa humana, é o respeito devido a uma pessoa, pelo simples fato de ser humano, qual a razão, suficientemente relevante, para ser violada? Se segundo Kant, o ser humano é um fim em si mesmo, é justificável a violação da dignidade da pessoa humana e de direitos vinculados a ela para proteger algo não humano, como a investigação policial? É uma discussão delicada, que precisa ser melhor conduzida, devendo a mídia ser responsabilizada pelo conteúdo noticiado, devido a sua ampla influência em sociedade.

## Referências

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

CHAMPAGNE, Patrick. **Formar a opinião: o novo jogo político**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GUARESCHI, Pedrinho A. BIZ, Osvaldo. **Mídia & Democracia**. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018.



LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

ROSEN, Michael. **Dignidade**: Sua história e significado. Tradução André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 011366-09.2013.8.19.0001. Apelante: Estado do Rio de Janeiro. Apelada: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Desembargadora Renata Machado Cotta. Data do Julgamento: 13/03/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 1.0000.18.108797-4/001. Apelante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Apelado: Estado de Minas Gerais. Relator: Alberto Vilas Boas. Data do Julgamento: 05/10/2018.

THOMPSON, John B. **A mídia e a Modernidade**: Uma teoria social da mídia. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.



## **Conflitos ideológicos e a dignidade da pessoa humana: uma análise crítica do aborto no Brasil**

*Andressa Piuco\**

### **1 Introdução**

Vivemos em uma sociedade em que as discussões acerca das políticas públicas são extremamente comuns e alvo de inúmeros questionamentos. Nascem assim, questionamentos sobre temas relacionados ao aborto, os quais são alvos de barreiras religiosas, políticas e principalmente morais. Nesses debates, muitas vezes, o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de ser o princípio supremo da Constituição Federal e a base do ordenamento jurídico, é deixado de lado. Nesse contexto, é necessário analisar a amplitude das políticas públicas, e não apenas o princípio da dignidade da pessoa humana, para assim, verificar a influência filosófica em que esse princípio está submerso, possibilitando o alcance da compreensão da consistência dos vícios presentes na personalidade jurídica do nascituro. Somente assim, será possível assimilar a forma pertinente com que é trabalhada a possibilidade da descriminalização da prática do aborto no Brasil.

Contudo, o objeto de reflexão aqui proposto está na incerteza que é passada pelo ordenamento jurídico, especialmente no que tange o âmbito do aborto e dos direitos do nascituro. Desde sempre, a legislação foi alvo

---

\* Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Email: dessapiuco@hotmail.com.

de muitas contradições e incertezas, especialmente pela nítida falta de consenso no posicionamento dos Ministros da Suprema Corte Brasileira sobre a temática acima referida.

Há muito tempo, em todos os cantos do mundo, a sociedade assiste de camarote a legalização do aborto e o nascimento de novos direitos em face das mulheres, juntamente com uma mudança na visão preconceituosa e machista que pairava na comunidade. Contudo, muitas divergências ainda são encontradas entre os grupos que são a favor e contra o aborto, fazendo com que, os direitos das mulheres e os direitos do nascituro sejam frequentemente questionados.

Por mais que a vida do nascituro seja protegida, ainda não existe um consenso e uma segurança concreta no que tange a sua situação jurídica. Tentaremos assim, por meio de uma abordagem filosófica, demonstrar a condição jurídica do embrião e explicar sobre a possibilidade de ele possuir ou não, direitos.

Ainda nessa percepção, a prática do aborto será analisada sob uma perspectiva ética, utilizando como ponto central o pensamento crítico de Ronald Dworkin em sua obra “Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais”. Dessa maneira, procurar-se-á demonstrar a visão ética da sacralização da vida humana e a influência religiosa que ela recebe.

Junto a isso, com todos os julgamentos que ocorrem no Supremo Tribunal Federal, percebe-se que eles trazem consequências para toda a população, pelo fato de as suas decisões poderem ser objetos de precedentes normativos. Assim, especialmente por tratar de um assunto polêmico como o aborto, o julgamento do *Habeas Corpus* 124.306/2016 pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que considerou constitucional a prática do aborto até o terceiro trimestre de gestação, foi alvo de inúmeras críticas em nossa sociedade com perspectivas heterogêneas, especialmente quando o assunto em pauta é a interrupção da gravidez. Encontra-se também, o julgamento da ADPF 442, que sustentou que a inconstitucionalidade do aborto fere muitos preceitos fundamentais presentes na Constituição Federal e o julgamento da ADPF 54, que torna

constitucional a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Assim, serão demonstradas as particularidades e os fundamentos jurídicos utilizados para sustentar a interrupção da gestação, especialmente nos aspectos que se referem ao direito do nascituro.

Por fim, a escolha desse tema justifica-se pela urgente necessidade em realizar em debate sobre o aborto e as políticas públicas e em analisar a forma com que os valores constitucionais estão sendo trabalhados na perspectiva do aborto e do direito à vida. Em pleno século XXI, com tantos avanços tecnológicos e com as inúmeras peculiaridades que a globalização proporcionou, especialmente no quesito contracepção, fertilização artificial e *in vitro*, é totalmente contraditório desvalorizar a vida humana autorizando práticas abortivas, apenas com o argumento de que não existe vida a partir do momento da penetração do espermatozóide no óvulo, ou seja, a partir da concepção.

## 2 A dignidade da pessoa humana e a Dignidade do nascituro

Pelo fato de a dignidade humana ser a base de todos os direitos, encontra-se, entre as suas peculiaridades, o seu contexto histórico fundador que influencia significativamente no seu correto entendimento, principalmente por retomar a sua essência geradora e o seu verdadeiro significado<sup>1</sup>. Com a ajuda dessa reflexão, será possível compreender a afirmação de que o ser humano, ao longo da história, foi objeto de inúmeras análises, as quais estão fortemente ligadas com a religião<sup>2</sup>.

A forte influência do Cristianismo nessa esfera fortificou nitidamente a postura de Santo Agostinho, que defendia o posicionamento de que o homem foi criado por Deus, possuindo à sua imagem e semelhança, pois, a figura humana era vista como um ser único e distinguia-se dos demais

---

<sup>1</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 63.

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000. p.23.

seres vivos<sup>3</sup>. Com essa perspectiva, o ser humano passou a adquirir uma visão individualista, o que retirava dele, a possibilidade de ser analisado como um simples objeto<sup>4</sup>.

Dessa forma, com o passar do tempo e com a quebra de paradigmas religiosos, a dignidade passou a ser considerada como um atributo de inclusão, impossibilitando a exclusão daqueles que não poderiam ser úteis<sup>5</sup>.

Essa concepção de dignidade motivou o reconhecimento da pessoa humana como um gênero humano, o que possibilitou a sua identificação como um ser digno<sup>6</sup>. Assim, o fato de todos os seres humanos possuírem a mesma dignidade está intrinsecamente ligado com questões éticas, o que torna como prioridade a proteção da sua origem<sup>7</sup>.

A dignidade humana alcança uma nova esfera com as indagações de Immanuel Kant, o qual quebrou paradigmas ao sustentar que todos os aspectos da dignidade não estão ligados a questões religiosas, mas sim, a questões éticas, as quais possuem um valor incondicional e incomparável<sup>8</sup>.

Kant, ao classificar a dignidade humana, faz uma ligação entre o racionalismo e a ideia de que o homem é o centro do universo. Com isso, é possível entender a natureza racional do ser humano, juntamente com o fato de que o homem é um fim em si mesmo. Chega-se assim, na conclusão de que as coisas que possuem um preço podem ser substituídas por algo equivalente, enquanto que, a dignidade não possui preço, não podendo assim, ser substituída<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> AGOSTINHO, S. **Confissões**. Trad. Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulinas, 1984, p.400.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000. p.23.

<sup>5</sup> JUNGES, Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p.112.

<sup>6</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 66.

<sup>7</sup> JUNGES, Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p.110.

<sup>8</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 71.

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes**. Trad. Leopoldo Halzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.58-59

A moralidade é, conseqüentemente, o elemento central que distingue os seres humanos dos animais racionais. O homem passava a ser responsável não apenas por ele mesmo, mas também pelo seu próximo, o que mostra que apenas as ações que são realizadas por dever e de acordo com o dever são consideradas éticas, pois toda ação motivada por algum interesse sempre vai contra a moralidade kantiana, devendo, portanto, ser evitada<sup>10</sup>.

Junto a essa questão, Kant passa a sustentar que os todos os homens possuem um fim em si mesmo, devendo, em todas as suas ações, serem não apenas um meio, mas um fim em si mesmo. Consiste, portanto, nessa afirmação, a sua ideia de dignidade<sup>11</sup>. Com base nisso, Vicente de Paulo Barretto<sup>12</sup> destaca:

Ao contrário das coisas que têm um valor meramente relativo, os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por isso, limita todo o arbítrio e é um objeto de respeito. O homem não é, pois, um fim subjetivo para a ação, mas um fim objetivo, isto é, algo cuja existência é, em si mesma, um fim. Por isso, Kant remete à existência de um princípio prático da razão que determina a vontade humana e que pressupõe que a natureza racional existe como fim em si.

Assim sendo, na problemática da moral kantiana, a questão da dignidade ganha principal ênfase na não utilização da pessoa humana como um instrumento<sup>13</sup>. Junto a isso, e tendo em mente que o princípio da dignidade da pessoa humana conquistou o seu espaço no artigo 1º da Declaração

---

<sup>10</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 52.

<sup>11</sup> JUNGES, Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p.111.

<sup>12</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 55.

<sup>13</sup> ANDORNO, Roberto. **Liberdade e Dignidade da Pessoa: Dois Paradigmas Opostos ou Complementares na Bioética?** In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 84.

Universal dos Direitos Humanos<sup>14</sup> e principalmente na Constituição Federal de 1988, ao analisarem-se os quesitos da dignidade da pessoa humana, percebe-se que ela nasce juntamente com a pessoa, estando ligada com a sua essência, devendo assim, ser respeitada e protegida. O princípio da dignidade deve estar presente antes mesmo do nascimento com vida do nascituro, ou seja, desde o momento da sua concepção, pois a dignidade humana está fortemente ligada com o direito à vida<sup>15</sup>.

O nascituro é classificado como aquela pessoa que irá nascer, podendo ser definido também, como aquele feto ou embrião que está em processo de gestação no ventre materno<sup>16</sup>, o que é explanado por Humberto Theodoro Júnior<sup>17</sup>: "Nascituro é o fruto da concepção humana que se acha vivendo no ventre materno, vivendo, ainda, em subordinação umbilical". Considera-se, portanto, sob várias perspectivas, que existe vida humana completa, a partir do momento da concepção até a morte, questão essa que é detalhada por Rubens Limongi França<sup>18</sup>:

O nascituro é pessoa porque traz em si o germe de todas as características do ser racional. Sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e, também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios de desenvolvimento de um mesmo e único ser: o homem, a pessoa.

Observa-se, contudo, que as peculiaridades do princípio da dignidade humana devem ser asseguradas pelo ordenamento jurídico e se enquadram também no âmbito da dignidade do nascituro, pois, se existe o

---

<sup>14</sup> Artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade de direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

<sup>15</sup> NUNES, Rizzato **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo, Editora Saraiva, 2002 p. 49.

<sup>16</sup> ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato. **Direitos da Personalidade do Nascituro**. In: Revista dos advogados. São Paulo, n 38, dez. 1992, p. 21.

<sup>17</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**, 25ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.379.

<sup>18</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 50.



entendimento de que, o direito à vida é um direito fundamental do homem<sup>19</sup>, esse direito também deve ser aplicado ao nascituro, desde a sua concepção até o momento do seu nascimento<sup>20</sup>. Assim sendo, é necessário salientar, que o Código Civil de 2002, destaca que a personalidade jurídica e a possibilidade de exercer direito e deveres dentro de uma sociedade iniciam através do nascimento com vida, porém, a lei protege também os direitos dos nascituros desde a sua concepção<sup>21</sup>.

É importante destacar, que o nascimento com vida garante apenas o direito à personalidade civil, não retirando, do nascituro que ainda está no ventre, toda a proteção jurídica que ele deve receber, conforme vislumbra Maria Helena Diniz<sup>22</sup>: “Entendemos que o início legal personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, independem do nascimento com vida”. Contudo, até hoje, os estudos científicos ainda não conseguiram definir qual é o momento exato em que um simples embrião passa a ser um ser humano.

Apesar de não ser possível realizar um parâmetro para afirmar o tempo exato em que um embrião se torna um ser humano, sabe-se que o nascituro, desde os primeiros momentos de sua concepção, passa a ter a sua sobrevivência ligada à mãe, contudo, isso não faz com que ele seja uma parte do corpo da gestante. Independente do tempo de gestação, o feto será sempre um ser autônomo que está desenvolvendo-se no organismo de outra pessoa, possuindo assim, além de vida própria, possibilidade de sentir todas as emoções e dores que qualquer outro ser com vida, sentiria. Exatamente por isso, ele está compartilhando constantemente com a gestante, toda a miscelânea de medos, angústias, dores, preocupações, felicidades ou alegrias que ela pode vir a desenvolver, o que possibilita que

---

<sup>19</sup> Artigo 5º, caput da Constituição Federal Brasileira: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

<sup>20</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Volume 1. p.186.

<sup>21</sup> Artigo 2º do Código Civil Brasileiro: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1: Teoria Geral do Direito, p. 47.

ambos troquem energia e aprendizados. Assim, todos os sentimentos, da gestante interferem significativamente no seu desenvolvimento físico e psicológico.

Entretanto, toda vez que se fala em nascituro e impõe a ele, direitos, estamos reconhecendo que ele é uma pessoa humana, pois todas as pessoas humanas possuem direitos e deveres. O nascituro, apenas não pode exercer os seus direitos, mas isso não quer dizer que eles não existam, o que é ressaltado por Adahyl Lourenço Dias<sup>23</sup>:

Não gozando de capacidade de agir, não podendo exercer por si mesmo os atos da vida jurídica, deverá o nascituro sempre ser representado. Aliás, o mesmo se dá com os menores impúberes e as demais pessoas absolutamente incapazes, bem como as pessoas jurídicas que, embora dotadas de personalidade, não têm, jamais, capacidade de fato. Todos exercem igualmente os atos jurídicos por meio de representante, isso porque se os nascituros são representados sempre que lhes competir a aquisição de bens, dando-se-lhes curador ao ventre, deve-se concluir que já existem e que são pessoas, pois, o nada não se representa.

Assim sendo, independente de qualquer ideologia política, crença religiosa ou da teoria aplicada, seja ela natalista, concepcionista ou da personalidade condicionada, o nascituro está fortemente amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e deve ser protegido em todo ordenamento jurídico, devendo ser assegurado a ele, o mínimo possível de condições para o seu desenvolvimento pleno, seguro e saudável<sup>24</sup>. Assim como a gestante e como qualquer ser humano, o nascituro possui direitos que estão explicitamente destacados na Constituição Federal, no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e em inúmeros outros textos legais, devendo ser assegurados pelo Estado, juntamente com a preservação e proteção da dignidade de ambos, para que tudo ocorra dentro da mais perfeita harmonia.

---

<sup>23</sup> DIAS, Adahyl Lourenço. **Venda à Descendente**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 281.

<sup>24</sup> MOREIRA, Márcio Martins. **A Teoria Personalíssima do Nascituro**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 48

### 3. A problemática ética do aborto na visão de Ronald Dworkin

Desde os primórdios, em todos os cantos do mundo, a temática do aborto dentro do âmbito das políticas públicas sempre foi objeto de um fervoroso debate entre os grupos “pró-vida” e seus adversários, especialmente no que tange o âmbito religioso. Esse debate era tão impetuoso que foi o estopim de guerras nas relações públicas, protestos, tumultos, comícios e de inúmeros desentendimentos, impossibilitando assim, que esse assunto fosse resolvido por meio de uma conciliação ou de um debate harmônico<sup>25</sup>.

A interrupção da gravidez passou a ser alvo de uma pergunta polarizada, onde se questionava a possibilidade de um nascituro possuir direitos desde a sua concepção<sup>26</sup>. Com isso, de uma forma muito coesa e clara, Dworkin<sup>27</sup> escreve: “Pessoas que tem respeito próprio e dão respostas contrárias a questão de se o feto é uma pessoa, não podem fazer concessões nem concordar em conviver com outros aos quais permitam tomar as suas próprias decisões”. Se um feto possuísse direitos, a prática do aborto seria o mesmo que um assassinato, porém, ser contra o aborto e afirmar que o nascituro não possui direitos, caracterizaria uma grande contradição e um árduo desejo de castigar a gestante por um pecado sexual.

Contudo, é plausível que seja encontrada uma solução racional para essa confusa questão. Caso o aborto passe a ser visto como um homicídio, ou seja, como uma *objeção derivativa*, o nascituro deve ser apresentado como um sujeito de direito que possui o interesse de viver, devendo assim, ter seu interesse à vida, protegido. Ronald Dworkin<sup>28</sup> destaca brevemente que: “Uma pessoa que aceita esta objeção, e acredita que o governo deveria proibir ou regulamentar o aborto, acredita que o governo tem uma responsabilidade derivativa de proteger o feto”.

---

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.01-04.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.07-08.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p.11.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p.13.

É incompreensível o entendimento de que um ser humano, que ainda não possui vida cerebral e concreta possa ter discernimento, interesses e desejos próprios<sup>29</sup>, os quais, caso existirem, serão fortemente negados, conforme é relatado<sup>30</sup>: “O problema de o aborto contrariar ou não os interesses de um feto deve depender da questão de saber se o próprio feto tem o interesse no momento em que se faz o aborto, e não se tais interesses irão desenvolver-se caso o aborto não seja feito”.

Ademais, se o aborto for visto sob a *perspectiva independente*, observa-se a sua proteção pela condição sagrada e intrínseca que a vida humana possui, equiparando a prática abortiva com um assassinato<sup>31</sup>. Percebe-se, portanto, que o aborto é repudiado, pela maioria das pessoas, não por ser algo injusto, mas principalmente pela sua característica religiosa, fato esse, que é brevemente discorrido<sup>32</sup>:

As pessoas que recorrem à arrebataada retórica de termos como “assassinato” e “homicídio” para expressar a sua oposição ao aborto poderiam não obstante admitir, depois de refletir sobre o assunto, que defendem o ponto de vista independente, e não o derivativo. Tais pessoas declaram que o aborto é um assassinato ou não tão condenável quanto um assassinato, e insistem em que a vida se inicia com a concepção, ou que o feto é uma pessoa já desde o início, não porque acreditam que o feto tem direitos e interesses, mas apenas para enfatizar a profundidade de sua crença em que um aborto é um erro por consistir em uma deliberada destruição da vida de um organismo humano.

Toda a questão que envolve a moral e a metafísica está longe de ser a questão central presente no debate sobre o aborto, indo além das perspectivas acima explicadas. O posicionamento do ser humano apresenta e exige um grau de opiniões que explora muito mais do que apenas questões conservadoras ou liberais, independente das exceções aceitas, pelo fato de o aborto ser objeto de conflitos religiosos e emocionais<sup>33</sup>, especialmente

---

<sup>29</sup> Ibid., p.21.

<sup>30</sup> Ibid., p.25.

<sup>31</sup> Ibid., p.13.

<sup>32</sup> Ibid., p.28.

<sup>33</sup> Ibid., p.41-48.

por referir-se a uma vida humana, conforme é exemplificado: “Acreditamos que uma morte prematura é intrinsecamente má, mesmo quando não represente nada de mau para uma determinada pessoa”.

É necessário, contudo, ter em mente que, para a corrente independente, a vida humana é considerada valiosa tanto subjetivamente, como instrumentalmente ou intrinsecamente<sup>34</sup>. Assim, o valor instrumentalmente atribuído a algo está relacionado com o valor e a utilidade que determinada coisa pode possuir, enquanto que o valor subjetivo de algo se relaciona com as peculiaridades únicas que tornam determinado objeto importante e insubstituível. Já, o valor intrínseco, que pode ser tanto incremental como sagrado, está relacionado com o valor próprio de determinada coisa, independente do seu valor instrumental ou subjetivo<sup>35</sup>.

Por mais que possam existir inúmeras teorias, sejam elas a favor ou contra o aborto, até o presente momento, não existe nenhuma legislação que utilize como base, essas concepções ou qualquer base filosófica concreta. O que existe apenas, no texto legal, é uma grande contradição entre os pensamentos ali sustentados, pois, ao mesmo tempo em que se permite a interrupção da gravidez em certas ocasiões, como por exemplo, no caso de estupro, ela acaba desrespeitando as teses e crenças religiosas existentes<sup>36</sup>. Cada vez mais, os reflexos dessa problemática aparecem e tornam-se pertinentes no cotidiano da população, fazendo com que a incerteza sobre esse tema continue pairando em inúmeras decisões da Suprema Corte Brasileira.

### **3. O habeas corpus 124.306, a ADPF 54 e a ADPF 442**

Em novembro de 2016, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* 124.306, classificou como atípica a

---

<sup>34</sup> Ibid., p.99-102.

<sup>35</sup> Ibid., p.99-101.

<sup>36</sup> Ibid., p.141.

interrupção da gravidez praticada até o terceiro mês de gestação, sustentando a violação de inúmeros direitos fundamentais das mulheres, o que deixou a sociedade e muitos juristas, surpresos e perplexos.

Ocorre que, os pacientes do *Habeas Corpus*, com pedido de concessão de medida cautelar, foram presos em flagrante no ano de 2013 por possuírem uma clínica de aborto, pela prática dos crimes descritos no artigo 126<sup>37</sup> e 288<sup>38</sup> do Código Penal, por quatro vezes em concurso material, ao praticar o delito do aborto em uma gestante, com o consentimento dela. Assim, os pacientes tiveram a sua prisão preventiva decretada pela 4ª Câmara Criminal do TJRJ, porém a defesa impetrou o *Habeas Corpus* nº 290.341/RJ no Superior Tribunal de Justiça, que conteve como relatora a Ministra Maria Thereza Assis Moura. O *Habeas Corpus* não foi concedido pela Corte com o argumento de que é válida a prisão na hipótese da prática dos crimes acima destacados. Com isso, foi impetrado o *Habeas Corpus* nº 124.306 no Supremo Tribunal de Justiça, no qual, foi afirmado que não estavam presentes os requisitos necessários para a prisão preventiva, conforme consta no Artigo 312<sup>39</sup> do Código de Processo Penal. Ademais, sustentou-se que os pacientes eram réus primários com bons antecedentes, que todos possuíam trabalho e residência fixa, juntamente com a afirmação de que não houve, em momento algum, uma tentativa de fuga. Além disso, destacou-se que a prisão cautelar seria totalmente desproporcional, pelo fato de que, caso fossem condenados, as penas poderiam ser cumpridas em regime aberto, conforme ementa do acórdão:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO

---

<sup>37</sup> Artigo 126 do Código Penal: “Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.

<sup>38</sup> Artigo 288 do Código Penal: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

<sup>39</sup> Artigo 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corrêus<sup>40</sup>.

Em face disso, o relator Ministro Marco Aurélio Melo deferiu a medida cautelar solicitada em proveito dos acusados, enquanto que o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto-vista, afastou a prisão preventiva dos pacientes e dos corrêus, tratando como inconstitucional a interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação, afirmando que o aborto deve ser evitado, mas caso foi necessário, deve ser realizado de uma forma segura, fato esse que é destacado pelo Ministro<sup>41</sup>:

Antes de avançar, porém, cumpre estabelecer uma premissa importante para o raciocínio a ser desenvolvido: o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro.

Analisando essa peculiaridade, foi contrariou-se a separação de poderes entre o Poder Legislativo e o Judiciário e os artigos 124<sup>42</sup> e 126<sup>43</sup> do Código Penal. É necessário, portanto, fazer uma análise sobre a origem dos argumentos sustentados, visto que, no Brasil, o aborto é proibido por lei e a descriminalização do mesmo é um tema fruto de inúmeros debates.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Pacientes: Edilson Dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira; Coautores: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 nov. 2016. Disponível em: <[https:// portal.stf.jus.br/](https://portal.stf.jus.br/)>. Acesso em 01 ago. 2018.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Pacientes: Edilson Dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira; Coautores: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 nov. 2016. Disponível em: <[https:// portal.stf.jus.br/](https://portal.stf.jus.br/)>. Acesso em 01 ago. 2018. p. 5.

<sup>42</sup> Artigo 124 do Código Penal: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

<sup>43</sup> Artigo 126 do Código Penal: “Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.



Dito isso, é possível perceber, primeiramente, que a justificativa está centralizada principalmente, nos direitos fundamentais que são garantidos a todos os seres humanos, privatizando, principalmente os direitos fundamentais das mulheres e a sua violação, o que atinge efetivamente o princípio da dignidade humana. Dessa maneira, utiliza-se como base, para demonstrar o valor único de cada ser humano, o pensamento kantiano.

Sua linha de raciocínio ao defender a possibilidade de escolha das mulheres em manter uma gestação ou não, permanece ao destacar os posicionamentos existentes sobre o início da gestação de um embrião e de quando a vida realmente inicia. Baseando nisso, é apresentado<sup>44</sup>:

Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem.

Dito isso, salienta-se a falta de argumentos e de teorias para justificar o início da gestação, focando-se somente no fato de que o nascituro necessita do corpo materno para a sua formação, condição essa, que é de conhecimento prévio de todos. Essa dependência do nascituro pelo corpo materno é o argumento auge para que se possam debater os direitos das mulheres. A criminalização do aborto estaria violando o direito à autonomia e à liberdade da mulher, pois o Estado não possui o direito de interceder nas suas decisões, muito menos se essa escolha estiver relacionada com o próprio corpo. Assim, ao impedir a interrupção de uma gestação nos seus três primeiros meses, a integridade física e psíquica da gestante seria altamente prejudicada, conforme o que é apresentado<sup>45</sup>:

---

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Pacientes: Edilson Dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira; Coautores: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 nov. 2016. Disponível em: <[https:// portal.stf.jus.br/](https://portal.stf.jus.br/)>. Acesso em 01 ago. 2018. p. 9.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 9.

Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?

Junto a esses quesitos, considerar o aborto um crime, estaria violando tanto a igualdade de gênero, como os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, retirando dela, a escolha da iniciar ou não a maternidade. Além disso, essa questão provoca uma grande discriminação social, visto que, as mulheres pobres não possuem condições de recorrer a clínicas particulares para realizar um aborto, necessitando, portanto, realizar os procedimentos em locais clandestinos, colocando em risco, a sua saúde mental e física. Acrescenta-se ainda, que o legislador, ao tipificar o aborto como crime estaria violando fortemente o princípio da proporcionalidade e prejudicando a saúde física das mulheres. O número de abortos realizados em países em que essa prática é permitida é igual em relação aos países em que ela é proibida, mudando apenas o índice de mortes decorrentes de abortos realizados em locais clandestinos. Desta forma, está claro que a criminalização do aborto não impede a sua prática, devendo, portanto, o Poder Público, proteger a vida das gestantes, fato esse, que é destacado brevemente<sup>46</sup>:

Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um.

Ademais, encontra-se a ADPF 54, em que, foi considerado lícito a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, por ser concluída a impossibilidade de se manter a vida do feto fora do útero e a ADPF 442,

---

<sup>46</sup> Ibid., p.15-16.

em que se procura considerar constitucional a interrupção voluntária da gravidez até a décima segunda semana de gestação.

Para os juristas, a temática do aborto no âmbito das políticas públicas está longe de ser objeto de consenso. Sabe-se que o aborto, no Brasil é considerado crime, salvo nas hipóteses previstas no Artigo 128, I e II do Código Penal. Por mais coerente que seja não haver nenhum tipo de hierarquia entre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, o direito à vida de um embrião jamais deve ser objeto de debate, pois essa questão sempre estará acima de qualquer direito. É preciso, portanto, ter em mente, que o embrião, a partir do momento em que se instala no útero materno, ele se torna um indivíduo e merece proteção do Estado, pelo simples fato de não ser simplesmente uma extensão do corpo materno, mas sim, um ser independente, que apenas está se formando no ventre, relacionando-se, por esse motivo, com a gestante. Independente do tempo em que o embrião está no ventre materno, desde o primeiro instante, uma nova vida está em jogo e merece proteção.

Observa-se, contudo, a grande necessidade de preservar a vida das outras pessoas e principalmente dos nascituros, independente do estágio da vida uterina, salvo apenas, se o direito à vida de outra pessoa estiver em jogo, como ocorre nas ocasiões em que o aborto é realizado para salvar a vida da gestante. Apesar da presença dessa possibilidade, é de grande valia salientar que, em uma gestação, existem mais pessoas envolvidas do que somente a gestante, fato esse que afasta a justificativa de que, ao falar de aborto, estamos analisando apenas a vida da mãe e do nascituro.

Um ordenamento jurídico não pode ser contraditório. Ou ele pune ou ele descriminaliza o aborto. Contudo, por mais erros que alguém possa ter cometido, é egoísmo colocar o peso de suas decisões, em outra pessoa. A partir do momento em que uma pessoa decide retirar a vida de outra por meio de um aborto, ela está encerrando toda uma cadeia de futuras gerações. Em um mundo de valores invertidos, todos possuem o livre arbítrio de decidir qual caminho seguir, mas ninguém tem o poder de ser o juiz da vida de uma criança indefesa.

### 3 Considerações finais

No presente trabalho, foi apresentado um quadro transparente sobre um dos temas referentes às políticas públicas e sobre dos direitos fundamentais, direitos esses que são inerentes a todos os seres humanos, dando ênfase especial à dignidade da pessoa humana e do nascituro, principalmente no que tange a sua condição jurídica e o seu direito à vida relativo ao aborto. Com isso, observou-se uma perspectiva filosófica da dignidade, com base, principalmente, na perspectiva kantiana. Foi possível, portanto, analisar o posicionamento ético de Immanuel Kant sobre a dignidade e o posicionamento crítico de Ronald Dworkin em relação ao aborto.

Contudo, concluiu-se que, com o passar do tempo, a dignidade da pessoa humana evoluiu muito, especialmente com as conquistas históricas. Com isso, é importante destacar que os homens, em qualquer momento de sua história, sempre tentaram, com todas as suas forças, criar fatores que vislumbrassem a garantia de seus direitos. Assim, o direito do nascituro surge como reflexo do direito à vida, devendo, portanto, ser objeto de proteção, especialmente pelo fato de o Estado dever tratar e proteger a todos, da mesma maneira.

Ademais, observa-se que a descriminalização do aborto não faz com que o mesmo seja extinto. Não obstante, é importante ressaltar que estar na condição de gestante não interfere nos direitos e garantias constitucionais que são oferecidos para as mulheres. Assim sendo, o direito da mulher possui aplicabilidade apenas e somente sobre ela mesma, não permitindo que ela aplique esses direitos sobre outra pessoa e decida sobre a vida de outro ser, muito menos se essa vida em questão é um ser indefeso que está crescendo em seu ventre.

Todavia, apesar de o aborto ser aceito em determinadas condições, como por exemplo, no caso de gestação de fetos anencéfalos, nada justifica um aborto eugênico, muito menos uma má formação, pois, por mais deficiências que o nascituro poderá ter, ele ainda é um ser humano e merece

ter o seu direito à vida, assegurado. Ademais, nota-se que o aborto eugênico pode ocasionar uma série de traumas e de problemas psicológicos para a gestante, além de desestruturar todo um núcleo familiar, núcleo esse, que possui chances de não ser mais harmonizado, merecendo portanto, proteção do Estado.

Mesmo com a presença de interferências religiosas, morais e sociais, não é cabível e muito menos justo aceitar que o Estado se enquadre a uma legislação que permita a interrupção de uma gravidez levando em conta apenas o tempo gestacional. A legalização do aborto, juntamente com a concepção desse pensamento, seria totalmente egoísta, injusta e covarde, pois é possível afirmar que o nascituro possui sim, personalidade jurídica desde o momento da sua concepção, personalidade essa que juntamente com os seus direitos, devem ser protegidas em todo o ordenamento jurídico.

O aborto está em um patamar extremamente relevante no âmbito das políticas públicas, necessitando ser alvo de debates, pois cada pessoa possui diferentes pontos de vista sobre a legalização ou não do aborto. Esses ângulos variam conforme a realidade em que cada um vive e pela maneira com que cada um foi criado. Antes de iniciar qualquer debate sobre o aborto, é necessário o entendimento de que, nenhuma verdade é absoluta. O que pode ser certo pra mim, pode ser errado para o meu semelhante. É preciso, primeiramente, analisar todas as faces de uma moeda e ouvir todas as versões de uma mesma história. Somente assim, será possível alcançar um entendimento da perspectiva que determinada pessoa analisa uma situação, mas jamais será possível julgar, ou até mesmo querer mudar a forma com que cada um admira o mundo. Precisamos apenas, dentro de nossas peculiaridades, respeitar o posicionamento do próximo, mesmo que esse posicionamento vá contra o nosso ponto de vista. Apenas assim, poderemos falar em igualdade, em dignidade e em políticas públicas.

## Referências

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Trad. Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulinas, 1984.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato. **Direitos da personalidade do nascituro**. In: Revista dos advogados. São Paulo, n 38, dez. 1992.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao/compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm)>.. Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o 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: 01 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o 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: 01 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Pacientes: Edilson Dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira; Coautores: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 nov. 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 01 ago. 2018.

DIAS, Adahyl Lourenço. **Venda à Descendente**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1: Teoria Geral do Direito.

Douzinas, Costa. **O Fim dos Direitos Humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

- DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2015.
- HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes. 1999.
- JUNGES, Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes**. Trad. Leopoldo Halzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA, Márcio Martins. **A Teoria Personalíssima do Nascituro**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.
- NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo, Editora Saraiva, 2002.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <  
<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 01 ago. 2018.
- ROSEN, Michael. **Dignidade**. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 25ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.





## **Direitos reprodutivos e esterilizações involuntárias: uma reflexão acerca da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à luz dos fundamentos da moral kantiana**

*Bruna Marques da Silva\**

### **Introdução**

Os direitos reprodutivos representam um conjunto de direitos humanos e fundamentais já assegurados pelo direito internacional dos direitos humanos e pelas ordens constitucionais, destinados a reconhecer proteções específicas para a vida reprodutiva. Dentre os procedimentos e temas envolvidos nos direitos reprodutivos está o método contraceptivo de esterilização cirúrgica, na forma voluntária, que se encontra protegido e assegurado pela legislação infraconstitucional brasileira.

De outro lado, as esterilizações involuntárias, também nomeadas forçadas ou coercivas, constituem uma violação aos direitos humanos e fundamentais ligados aos direitos reprodutivos e a todo o enlace principiológico-jurídico envolvido, principalmente por serem executadas sem o consentimento regular, válido e pessoal dos indivíduos. Diante das inúmeras problematizações que envolvem esse contexto, as investigações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e da sua fundamentação ético-filosófica tornam-se centrais.

---

\* Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, sob a orientação da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Fernanda Frizzo Bragato. Bolsista CNPq. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Integrante do Núcleo de Direitos Humanos – Unisinos. E-mail: bmrqs@outlook.com.

A partir dessas premissas, o presente estudo tem por objetivo analisar os reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito dos direitos reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro, problematizando, a partir dos fundamentos da moral kantiana, sua aplicação no julgamento de casos de esterilizações consideradas involuntárias praticadas em mulheres. A metodologia utilizada baseia-se no método dedutivo, com levantamento bibliográfico, bem como empírico, com análise de decisões judiciais.

Para tanto, a pesquisa divide-se em três capítulos. Primeiramente, serão revisadas as contribuições da filosofia moral kantiana para os fundamentos do direito e para a dignidade humana. Após, será abordado os desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana na formulação atual dos direitos reprodutivos no ordenamento jurídico internacional e brasileiro, com foco nas esterilizações femininas e na sua prática involuntária no Brasil. Por fim, será realizada análise crítica de duas decisões judiciais sobre os casos de Janaína Aparecida Quirino e Tatiane Monique Dias (Apeção nº 1000495-24.2017.8.26.0360 e Sentença nº 1000495-24.2017.8.26.0360), que tiveram ampla repercussão midiática nacional e internacional sobre esterilizações involuntárias em mulheres no Brasil, analisando a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana a partir dos fundamentos da moral kantiana. Conclui-se, ao final, que apesar da dignidade humana ser reconhecida como princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, e, portanto, dos direitos reprodutivos, sua aplicação prática, se não precedida de fundamentos ético-filosóficos, pode estar dissociada do seu núcleo ético e moral essencial.

## **1. A contribuição da filosofia moral kantiana para os fundamentos da dignidade humana e Do Direito**

A contribuição kantiana para pensar os fundamentos do direito baseia-se, de forma principal, na atribuição de conceitos *a priori* capazes de constituir uma razão de ser à própria normativa. Esses conceitos podem ser

identificados como critérios universais, ou seja, capazes de serem atingidos por todos os indivíduos, diante da capacidade racional e de forma independente à experiência. Ao longo das investigações filosóficas desenvolvidos por Kant, certos conceitos-chave são trabalhados na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Os juízos desenvolvidos, nesse sentido, são geridos e aplicados na *Metafísica dos Costumes*, que vem a ser a investigação não de um dogmatismo jurídico, mas do que constitui o direito, submetendo noções jurídicas pré-estabelecidas à análise lógico-racional. De acordo com Höffe, essa reflexão pode ser considerada uma “[...] filosofia crítica que desenvolve aquele conceito racional de direito, que tem para a legislação positiva o significado de um supremo padrão de medida crítico normativa.”<sup>1</sup> Ainda que a dogmática jurídica e as figuras de juiz e legislador sejam essenciais à construção e aplicação do direito, os aportes para verificação e análise do caráter racional da legislação, bem como de princípios *a priori*, é tarefa a ser construída em dimensão filosófica<sup>2</sup>.

Ao investigar o que poderia tornar um fundamento – razão de ser – à própria normativa, Kant desenvolve a noção de lei moral universal, correspondente a um “dever ser” que seria manifestado por meio da ação humana. Esse dever ser, portanto, baseia-se na moral (razão) *a priori*, o que Kant nomina como princípio supremo da moralidade. Por meio do desenvolvimento dos conceitos de *boa vontade* e *dever*, são trabalhadas as noções de *ação de acordo com o dever* e *ação por dever*, sendo estas fundamentais para a compreensão posterior dos conceitos de *imperativo hipotético* e *imperativo categórico*, *dignidade*, *autonomia* e *heteronomia*, e *liberdade*.<sup>3</sup>

Para avaliar se uma ação cumpre o dever moral é possível distingui-la entre uma *ação de acordo com o dever* e *ação por dever*. Isso significa dizer que a ação de acordo com o dever é aquela que age por dever buscando uma finalidade, objetivo específico, ou por inclinação a isto ou

---

<sup>1</sup> HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 233-234.

<sup>2</sup> HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>3</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

aquilo. Não há por que dizer que essa ação é contrária ao dever, se ela o atende. A diferença é que pelo fato de a ação ter sido praticada condicionada a um objetivo ou finalidade, ela está de acordo com o dever. Difere-se disso a ação por dever, que corresponde, portanto, a ação que é praticada pelo indivíduo diante da consideração da ação como fim em si mesmo, consideração essa possível mediante o exercício da razão moral.

Assim, tece-se a interrelação entre o dever e a lei moral universal, que serve de princípio a vontade: “[...] devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal.”<sup>4</sup> O pressuposto da ideia de lei universal é a consideração desta como máxima universal, ou seja, que engloba o tanto o indivíduo responsável pela ação quanto os outros. É nesse aspecto que se inicia a principal lição kantiana à filosofia moral: o reconhecimento no outro, e, mais que isso, um agir em que o respeito ao outro é também um fundamento<sup>5</sup>.

Ilustra-se, assim, as bases para o *imperativo categórico*, *imperativo hipotético* e *dignidade* na filosofia kantiana. Ao descrever a faculdade prática da razão, ou seja, a razão moral prática, Kant refere que a ação segundo leis é possível a tudo que há na natureza. Os indivíduos, porém, dotados da capacidade racional, conseguem agir segundo atos de vontade. Nesse sentido, os imperativos comportam a capacidade de indicar o que o sujeito deve praticar ou deixar de praticar, sem obrigá-lo a uma coisa ou outra. A escolha entre de agir por dever ou de acordo com o dever – ou seja, a partir de um ou outro imperativo, sob o exercício ou não da razão moral – cabe a cada um. Nas palavras de Kant: “[...] os imperativos são apenas fórmulas para exprimir a relação entre leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva deste ou daquele ser racional, da vontade humana por exemplo.”<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 33.

<sup>5</sup> BARRETTO; Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. ROSEN, Michael. **Dignidade: sua história e significado** Trad. André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 49.

Dentre esses, o imperativo categórico refere-se à ação boa em si, ou seja, a ação por dever. De outro lado o imperativo hipotético corresponde a ação movida por uma finalidade, inclinação ou objetivo, abrangendo a ação de acordo com o dever. Na primeira, a ação é o fim em si mesmo, enquanto na segunda a ação é simplesmente um meio para obter determinada pretensão. O imperativo categórico, portanto, será o imperativo da moralidade, pois conterá as máximas de leis universais, substanciando o agir na razão moral<sup>7</sup>. Sua formulação geral corresponde a: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. Conforme observa Höffe e Barretto, as máximas do imperativo categórico não referem uma lei ou estão ligadas a um contexto específico, uma vez que são consideradas proposições fundamentais universais subjetivas e, portanto, podem variar de indivíduo para indivíduo<sup>8</sup>.

Conforme já salientado, agir ou não por dever, em consideração ao imperativo categórico, por meio do exercício da razão moral, não significa um mandamento. Se assim fosse, o imperativo categórico representaria um imperativo hipotético, ou seja, uma ordem que encaminha determinada ação ao um fim, objetivo, inclinação, e propósitos específicos e previamente considerados. Interrelacionam-se, neste ponto, os conceitos de *autonomia* e *liberdade*. “Como é possível um imperativo categórico?”<sup>9</sup> Para Kant, o imperativo categórico será possível através da autonomia dos indivíduos, que corresponde ao ato de escolha com referência à lei moral universal. Difere-se a autonomia da *heteronomia*, justamente porque na heteronomia a escolha dá-se com base nas inclinações sensíveis que também se encontram no indivíduo. Enquanto na autonomia a escolha pode ser considerada moral – e essa é a base para a fundamentação do conceito de liberdade para Kant – na heteronomia a razão é utilizada para administração de fins próprios, configurando uma escolha não moral.

---

<sup>7</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007; HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>8</sup> HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005; BARRETTO; Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

Retomando a máxima do imperativo categórico “Age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio”<sup>10</sup>, Kant fundamenta a ideia de *dignidade* humana referência para a filosofia moral e jurídica ocidental. Essa ideia é construída a partir da ideia de reino dos fins, na medida em que “reino” é entendida como uma ligação entre os seres racionais por meio de leis comuns, ou seja, a lei moral universal. Nesse sentido, “se se fizer uma abstração das diferenças pessoais entre os seres racionais e de todo o conteúdo dos seus fins particulares, poder-se-á conceber um todo do conjunto dos fins”<sup>11</sup>. Isso significa compreender que, submetidos a essa máxima, nenhum ser racional possa ser tratado simplesmente como meio, mas sim como fins em si, pois cada ser contempla em si a humanidade referida na máxima do imperativo categórico.

O dever da lei moral universal é o que fundamenta essa necessidade, sendo a ideia de dignidade do ser racional o ponto comum e central.<sup>12</sup> O valor humano, nesse sentido, considera-se invariável e por isso, um fim em si mesmo. Seres humanos não se equivalem a coisas passíveis de substituição, contendo valores relativos, descartáveis. A dignidade é visualizada, portanto, como um valor íntimo – intrínseco, incondicional e incomunicável<sup>13</sup> – nos indivíduos diante da capacidade de estes exercerem, pela característica da racionalidade, a razão moral prática<sup>14</sup>. Em breve síntese, “A autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”<sup>15</sup>, justamente por significar a escolha do indivíduo pelo

---

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

<sup>11</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 75.

<sup>12</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2013; BARRETTO; Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>13</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade: sua história e significado** Trad. André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

<sup>14</sup> BARRETTO; Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; ROSEN, Michael. **Dignidade: sua história e significado** Trad. André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

<sup>15</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 64.

ato verdadeiramente livre, em referência à lei da moral universal, contemplando ações as quais o indivíduo também se submeteria. A ideia de igualdade encontra-se exatamente nesse ponto da filosofia kantiana.<sup>16</sup>

A dignidade humana é central no debate jurídico contemporâneo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais constitucionais. Entretanto, os fundamentos da dignidade humana, muitas vezes, são menos desconsiderados em prol da utilização da dignidade humana – como princípio instrumentalizado na ordem jurídica – como argumento de autoridade, estagnando as reflexões lógico-rationais<sup>17</sup>. Assim, considerando o *status* da dignidade humana para o ordenamento jurídico internacional e interno brasileiro, passa-se a análise dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana na formulação atual dos direitos reprodutivos, com foco nas esterilizações femininas e na sua prática involuntária no Brasil.

## **2. Direitos reprodutivos e esterilizações involuntárias: os desdobramentos do princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro**

No direito constitucional brasileiro, a dignidade humana é recepcionada como fundamento jurídico-normativo do texto constitucional e dos direitos fundamentais<sup>18</sup>. Nas palavras de Sarlet, constitui-se como um princípio e valor fundamental, encontrando-se prevista, de forma expressa, no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, como um dos fundamentos do estado democrático de direito<sup>19</sup>. No direito internacional

---

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007; BARRETTO; Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013;

<sup>17</sup> BARRETTO; Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006;

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, vol. 9, p. 345-374, ago. 2015.

dos direitos humanos, a dignidade humana igualmente fundamenta a proteção e garantia de direitos humanos, estando presente no núcleo das declarações e tratados internacionais.<sup>20</sup>

Nesse sentido, a dignidade humana difere-se de direitos como igualdade e liberdade, sendo, portanto, um núcleo ético e moral substantivado juridicamente como princípio fundamental, que também dá sentido à direitos específicos.<sup>21</sup> De acordo com o autor, a dignidade humana cumpre dupla função, “[...] atuando tanto como limite para a intervenção do Estado e de terceiros, quanto como tarefa, no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção da dignidade contra o Estado e contra terceiros”<sup>22</sup>, criando condições ativas para o exercício e fruição da dignidade por todos os seres humanos.

Conforme os apontamentos de Ventura, em prol da dignidade humana e do desenvolvimento humano, a sexualidade e a reprodução foram reconhecidas<sup>23</sup> como bens jurídicos ensejadores de promoção e proteção específicas no direito internacional dos direitos humanos e em ordens jurídicas constitucionais<sup>24</sup>. Na perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, os direitos reprodutivos não são reconhecidos como um novo conjunto de direitos, mas sim como uma reunião de direitos já reconhecidos na normativa internacional e interna dos estados-nacionais, bem como em documentos internacionais *soft law*, referentes àqueles que interferem na vida sexual e reprodutiva dos indivíduos. Nesse sentido, os

---

<sup>20</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>21</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, vol. 9, p. 345-374, ago. 2015. p. 9.

<sup>23</sup> A extensa e transfronteiriça luta dos movimentos feministas pelo reconhecimento legal do que hoje nomeia-se como direitos reprodutivos deita raízes nas ideias de autonomia pessoal, igualdade, e integridade corporal. Para Corrêa e Petchesky, ambas ideias impulsionaram a problematização de que a igualdade entre homens e mulheres na sociedade passa pelo reconhecimento e respeito destas como agentes morais ativos e determinados. Para tanto, foram essenciais as construções teórico-argumentativas feministas e críticas sobre o discurso dos direitos, especificamente os direitos individuais e sociais. CORREA, S.; PETCHESKY, R. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **Physis**, Rio de Janeiro, v.6, n.1/2, p.147-77, 1996.

<sup>24</sup> VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3 ed. rev. e atual. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA, 2009.



direitos reprodutivos estão legitimados no âmbito jurídico internacional<sup>25</sup> – ainda que não sob esta nomenclatura – pois relacionam um conjunto de direitos básicos, como o direito à saúde, à liberdade de expressão, à educação, à vida, à privacidade e vida familiar, à igualdade e não-discriminação, e à integridade pessoal e tratamento humano.<sup>26</sup> Nas palavras de Ramos, o núcleo dos direitos reprodutivos consiste em:

Os direitos reprodutivos abrangem o direito de escolha, de forma livre e informada, sobre ter ou não filhos, sobre o intervalo entre eles, sobre o número de filhos e em que momento de suas vidas; o direito de acesso a receber informações e o acesso a meios, métodos e técnicas para ter ou não filhos; o direito de exercer a reprodução, sem sofrer discriminação temor ou violência.<sup>27</sup>

Desse entrelace jurídico, o direito à saúde, liberdade de expressão e integridade pessoal e tratamento humano tutelam de forma mais específica pontos centrais nos direitos reprodutivos, que se referem à autonomia sobre os corpos; proteção contra violência e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; e a liberdade de tomada de decisões livres, informadas e fundamentadas.<sup>28</sup> Nesta perspectiva, as esterilizações femininas consideradas involuntárias<sup>29</sup> configuram métodos contraceptivos de caráter definitivo, que não abrangem o consentimento livre, informado e completo do indivíduo, seja ele homem ou mulher. A categoria involuntária,

---

<sup>25</sup> Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; Recomendação nº 19 (1999) da ONU pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969; Convenção Americana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará); Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1985; Declaração e o Plano de Ação de Viena de 1993.

<sup>26</sup> UNITED NATIONS. The Danish Institute for Human Rights. **Reproductive Rights are Human Rights. A Handbook for national human rights institutions.** 2014. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/NHRIHandbook.pdf>. Acesso em: 01. ago.2019;

<sup>27</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 902.

<sup>28</sup> UNITED NATIONS. The Danish Institute for Human Rights. **Reproductive Rights are Human Rights. A Handbook for national human rights institutions.** 2014. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/NHRI-Handbook.pdf>. Acesso em: 01. ago.2019.

<sup>29</sup> Os termos “coerciva” e “forçada” são igualmente utilizados, a depender do contexto, da violação específica de direitos humanos e de como essa prática foi descrita em cada situação. WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization.** An interagency statement OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO. 2014. Disponível em: [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/201405\\_sterilization\\_en.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf). Acesso em: 29 jul. 2019.

portanto, não se confunde com os procedimentos de esterilização feminina ou masculina considerados voluntários, que contam com a aquiescência regular e que estão no âmbito de proteção dos direitos reprodutivos.

A esterilização, na forma involuntária ou voluntária, é geralmente realizada em mulheres por meio da laqueadura de trompas, e em homens pela vasectomia. A forma coerciva e forçada de esterilizações recai de forma mais considerável contra indivíduos portadores de HIV, transexuais e intersexuais, pessoas com deficiência e grupos raciais ou étnicos, ou seja, minorias no sentido qualitativo do termo, e não quantitativo. As mulheres, ainda, sofrem essas práticas extensivamente em comparação à homens, uma desproporção que deita suas raízes diante de um contexto histórico e social de longas práticas de eugenia e políticas populacionais coercivas contra grupos sociais específicos, e em especial, mulheres, população negra, indígena e de baixa renda. São características diretamente ligadas à esterilização involuntária a debilidade de informações sobre o procedimento, resultados e riscos, juntamente com a supressão do consentimento.<sup>30</sup>

No Brasil, a prática de esterilizações involuntárias – forçadas e coercivas – não configura uma situação pontual ou descontextualizada. Conforme observa Ventura, após longas denúncias sobre o alto volume de procedimentos contraceptivos, reversíveis e irreversíveis, como esterilizações cirúrgicas, direcionadas principalmente às mulheres negras e de baixa renda, instaurou-se a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito no ano de 1991, para investigar e levantar dados sobre a situação de esterilização em massa de mulheres no Brasil<sup>31</sup>. A conclusão do relatório final apontou que as cirurgias eram realizadas em condições não regularizadas, e com intuito mercantilista

---

<sup>30</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization**. An inter-agency statement OHCHR, UM Woman, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO. 2014. Disponível em: [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/201405\\_sterilization\\_en.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf). Acesso em. 29 jul. Salienta-se, ainda, que para o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos orienta que o processo de consentimento informado abrange os seguintes elementos: “i) informar sobre a natureza do procedimento, opções de tratamento e alternativas razoáveis, que incluam os possíveis benefícios e riscos dos procedimentos propostos; ii) levar em consideração as necessidades da pessoa assim como assegurar que a pessoa compreenda a informação; iii) assegurar que o consentimento seja livre e voluntário.” COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Acceso a la información em matéria reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos**. Organização dos Estados Americanos, 2011.

<sup>31</sup> VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3 ed. rev. e atual. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA, 2009.

e eleitoral, e, por conta disso e de outros extensos argumentos, sugeriu-se a discussão e votação da atual Lei nº 9.263/1996, a fim de regular o dispositivo 226, §7º da Constituição Federal.<sup>32</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, assim como no internacional, não há disposição normativa concentrada que regule os direitos reprodutivos. Nesse sentido, no direito constitucional, além dos direitos fundamentais relativos à temática, como direito à vida, à saúde, à igualdade, integridade pessoal e tratamento humano e liberdade de expressão, existem aqueles positivados de forma específica para âmbitos jurídicos como trabalhista, seguridade social e familiar.<sup>33</sup> Neste último, o dispositivo constitucional que dispõe sobre o planejamento familiar tipifica expressamente fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Do ponto de vista constitucional, portanto, a dignidade humana foi escolhida claramente pelo legislador para compor um dos desdobramentos específicos dos direitos reprodutivos, qual seja, o planejamento familiar.

A Lei 9.263/1996, que passou a regulamentar tal dispositivo após a Comissão Parlamentar de Inquérito de 1993 acima mencionada, estabelece sobre o método de esterilização no artigo 10 e seguintes. As regras do direito infraconstitucional que autorizam a esterilização voluntária correspondem, principalmente aos seguintes casos: a) risco de vida ou saúde da mulher, ou do futuro conceito; b) manifestação de consentimento em documento por escrito, firmado pelo indivíduo, após o recebimento de todas as informações relativas ao procedimento; c) a manifestação de vontade não será considerada válida se for expressa durante o uso de substâncias entorpecentes, como álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental, tendo em vista as alterações na capacidade de discernimento; d) exigência de consentimento de ambos os cônjuges,

---

<sup>32</sup> SENADO FEDERAL. **Relatório nº 2 de 1993. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.** Brasília, 1993. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/85082/CPMIesterizacao.pdf?sequence=7&isAllowed=y>. Acesso em: 01 ago. 2019.

<sup>33</sup> VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil.** 3 ed. rev. e atual. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA, 2009.

caso o indivíduo que queira se submeter ao procedimento esteja em sociedade conjugal; e) autorização judicial, para a realização de esterilização em absolutamente incapazes; f) vedação absoluta a esterilização cirúrgica em mulher durante o período puerperal, parto ou aborto, exceto nos casos de necessidade comprovada.<sup>34</sup>

Conforme se vê, essas são medidas consideradas pelo legislador infraconstitucional para assegurar direitos humanos e fundamentais em matéria reprodutiva. Há que se observar, contudo, que existem pontos controversos na legislação referida, que estão sendo discutidos no Supremo Tribunal Federal via Ação Direta de Inconstitucionalidade sob os números 5097 e 5911, como as exigências de idade mínima e, principalmente, a autorização do cônjuge para a realização de procedimento em caso de sociedade conjugal. Os argumentos principais são de que as políticas públicas e legislações que regulam o planejamento familiar não podem desatender o princípio da dignidade da pessoa humana e liberdade individual dos indivíduos, ou seja, a autodeterminação sobre os próprios corpos, especificamente em relação a mulheres.

Nesse sentido, os apontamentos até aqui registrados permitem, portanto, a análise crítica de decisões judiciais referentes à casos de esterilizações ocorridas em mulheres (*Janaína Aparecida Quirino*, Apelação no 1001521-57.2017.8.26.0360, Tribunal de Justiça de São Paulo; e *Tatiane Monique Dias*, Sentença nº 1000495-24.2017.8.26.0360), com foco na análise da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à luz dos fundamentos da filosofia moral kantiana.

### **3. Ser humano como fim em si mesmo? Análise crítica de decisões judiciais sobre a prática de esterilizações consideradas involuntárias**

A escolha dos casos de Tatiane Monique Dias e Janaína Aparecido Quirino justifica-se por dois motivos principais. Primeiro, pela ampla

---

<sup>34</sup> BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm). Acesso em: 01 ago. 2019.

repercussão midiática nacional e internacional<sup>35</sup>, e, segundo, porque ocorreram no mesmo Município, Mococa/São Paulo, sendo conduzidos pelo promotor Frederico Liserre Barruffini e juiz Djalma Moreira<sup>36</sup>.

O Fundo de População das Nações Unidas (FPNU), a Organização das Nações Unidas (ONU) Mulheres, e o Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) emitiram nota pública sobre o caso, registrando preocupação com o caso de judicialização de esterilização de Janaína Aparecida Quirino e destacando que o a situação traz à tona a discussão sobre os direitos reprodutivos e a prática de esterilização forçada em mulheres em condição de vulnerabilidade no Brasil<sup>37</sup>. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) entrou com representação contra a atuação do promotor e juiz, questionando a atuação de ambos no caso de Tatiane Monique Dias<sup>38</sup>. De acordo com informações extraídas do sítio eletrônico do Senado Federal, a Comissão de Direitos Humanos realizará audiência pública visando discutir os ambos os casos ocorridos em Mococa/SP.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> ANJOS, Anna Beatriz. “Não quero que isso aconteça com mais nenhuma mulher”. **Exame**, Abril. 12 de agosto de 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/nao-quer-o-que-isso-aconteca-com-mais-nenhuma-mulher/>. Acesso em: 04 ago. 2019; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) MULHERES. **Nota do UNFPA, ONU Mulheres e ACNUDH sobre esterilização não voluntária**. 26 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.onu-mulheres.org.br/noticias/nota-do-unfpa-onu-mulheres-e-acnudh-sobre-esterilizacao-nao-voluntaria/>. Acesso em: 04 de agosto de 2019; MARTINS, Felipe. VEJA SÃO PAULO. **OAB questiona juiz e promotor por casos de esterilização de mulheres**. 20 de junho de 2018. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/oab-juiz-promotor-mulheres-esterilizacao/>. Acesso em: 01 ago. 2019.

<sup>36</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360**. Recorrente: Prefeitura Municipal de Mococa/SP. Recorrido: Ministério Público Estadual e Janaína Aparecida Quirino. Relator: Dimas Mascaretti. São Paulo, 23 de maio de 2018. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1INTfDLL9zGVgsTHu2QoMcRd6laXdGNIU/view>. Acesso em: 01 ago. 2019; SÃO PAULO. 2ª Vara Cível da Comarca de Mococa/SP. **Sentença nº 1000495-24.2017.8.26.0360**. Autor: Ministério Público Estadual. Réus: Município de Mococa/SP e Tatiane Monique Dias. Juiz: Djalma Moreira. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=360&processo.codigo=A00000O410000>. Acesso em: 01. ago. 2019.

<sup>37</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) MULHERES. **Nota do UNFPA, ONU Mulheres e ACNUDH sobre esterilização não voluntária**. 26 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/nota-do-unfpa-onu-mulheres-e-acnudh-sobre-esterilizacao-nao-voluntaria/>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

<sup>38</sup> VEJA SÃO PAULO. **OAB questiona juiz e promotor por casos de esterilização de mulheres**. 20 de junho de 2018. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/oab-juiz-promotor-mulheres-esterilizacao/>. Acesso em: 01 ago. 2019.

<sup>39</sup> SENADO FEDERAL. **Casos de laqueadura compulsória serão discutidos pela CDH**. 13 de julho de 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/casos-de-laqueadura-compulsoria-serao-discutidos-pela-cdh>. Acesso em: 01 ago. 2019.

O caso de Janaína Aparecida Quirino é proveniente de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual do Município de Mococa/SP, em face do Município de Mococa/SP e de Janaína Aparecida Quirino, postulando obrigação de fazer e pedido de tutela de urgência para que o referido Município providenciasse laqueadura tubária em Janaína, invocando de forma principal a Lei 9.263/96 (planejamento familiar) e o artigo 196 da Constituição Federal (direito à saúde). Em relação ao consentimento da ré, o processo contou com um documento de Janaína, declarando que aceitava se submeter à esterilização cirúrgica. O feito é julgado de forma antecipada, e o juiz determina a realização de laqueadura tubária. Mesmo com recurso de apelação pendente de julgamento, Janaína foi submetida à laqueadura tubária na ocasião do parto do 8º filho.<sup>40</sup>

A Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360, interposta pelo Município de Mococa/SP, foi provida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Nas razões da decisão, a 8ª Câmara Criminal decidiu, dentre inúmeras questões processuais e materiais, a ilicitude do pedido, diante de caracterização de esterilização eugênica, ou seja, dissonante de toda a ordem constitucional e, fundamentalmente, do princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre este ponto, o voto pontuou que: “A esterilização pedida nos autos não é a de natalidade, pois não tem caráter geral e impessoal, mas considera as qualidades subjetivas da paciente de aspectos financeiros, social, educacional, e eventuais vícios, equiparando-se à castração dos anormais e criminosos, situação que não tem a permissão constitucional brasileira.”<sup>41</sup>

Já o caso de Tatiane Monique Dias é proveniente de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência proposta pelo Ministério Público

---

<sup>40</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360**. Recorrente: Prefeitura Municipal de Mococa/SP. Recorrido: Ministério Público Estadual e Janaína Aparecida Quirino. Relator: Dimas Mascaretti. São Paulo, 23 de maio de 2018. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1INTfDLL9zGVgsTHu2QoMcRd6laXd-GNIU/view>. Acesso em: 01 ago. 2019.

<sup>41</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360**. Recorrente: Prefeitura Municipal de Mococa/SP. Recorrido: Ministério Público Estadual e Janaína Aparecida Quirino. Relator: Dimas Mascaretti. São Paulo, 23 de maio de 2018. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1INTfDLL9zGVgsTHu2QoMcRd6laXd-GNIU/view>. Acesso em: 01 ago. 2019.

Estadual de São Paulo, em face do Município de Mococa/SP e Tatiane Monique Dias, requerendo, igualmente, realização de laqueadura tubária, diante de incapacidade absoluta de Tatiane e alegação de não possuir condições de reger a própria vida, e cuidar de dois filhos, argumentando o dever do poder público de prestar assistência médica e efetivar o direito à saúde. O julgamento foi dado de forma antecipada e os pedidos foram julgados procedentes.<sup>42</sup> Segundo a coluna de Mônica Bergamo, na Folha de São Paulo, Tatiane foi diagnosticada com leve retardo mental, e a esterilização foi realizada na ocasião do parto de Tatiane, durante sua internação<sup>43</sup>.

Assim, o juiz da 2º Vara Cível de Mococa/SP apontou na Sentença nº 1000495-24.2017.8.26.0360 que o conjunto probatório indicava impossibilidade de Tatiane na criação dos dois filhos, argumentando que a ré manifestou interesse em se submeter à laqueadura tubária. Os fundamentos constitucionais foram nos artigos 6º, relativo aos direitos sociais, bem como no artigo 196, direito à saúde, ambos da Constituição Federal. Os infraconstitucionais foram no sentido de que o poder público possui competência de fornecer assistência integral à saúde, e que não necessariamente o dever de assistência remeteria à tratamentos gerais, mas sim aqueles específicos para cada indivíduo, e, no caso de Tatiane, os que fossem necessários para tratar as causas e consequência de sua doença. Sobre esse ponto, registra-se que a sentença não falou explicitamente qual a enfermidade de Tatiane<sup>44</sup>.

O que se verifica, desde já, é que ambos os casos concretos apontam para um mesmo resultado fático. Janaína Quirino e Tatiane Monique Dias

---

<sup>42</sup> SÃO PAULO. 2ª Vara Cível da Comarca de Mococa/SP. **Sentença nº 1000495-24.2017.8.26.0360**. Autor: Ministério Público Estadual. Réus: Município de Mococa/SP e Tatiane Monique Dias. Juiz: Djalma Moreira. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=360&processo.codigo=A00000410000>. Acesso em: 01. ago. 2019.

<sup>43</sup> BERGAMO, Mônica. **Mesmo promotor e juiz atuaram pela laqueadura de uma segunda mulher em Mococa**. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2018/06/mesmo-promotor-e-juiz-atuaram-pela-laqueadura-de-uma-segunda-mulher-em-mococa.shtml>. Acesso em: 01 ago. 2019.

<sup>44</sup> SÃO PAULO. 2ª Vara Cível da Comarca de Mococa/SP. **Sentença nº 1000495-24.2017.8.26.0360**. Autor: Ministério Público Estadual. Réus: Município de Mococa/SP e Tatiane Monique Dias. Juiz: Djalma Moreira. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=360&processo.codigo=A00000410000>. Acesso em: 01. ago. 2019.

foram submetidas ao procedimento de esterilização cirúrgica via judicialização, ou seja, por iniciativa do próprio poder público. A diferença é que no caso de Janaína, e na decisão ora analisada, o Tribunal de Justiça de São Paulo/SP reconheceu, ainda que tardiamente, a violação de direitos humanos e fundamentais autorizada pela sentença, enquanto no caso de Tatiane a sentença transitou em julgado sem a interposição de recurso algum.<sup>45</sup> Esses apontamentos, de fato, não correspondem à totalidade do que abrange ambas as decisões, mas arriscam-se a problematizar o que a aplicação do direito, alheio à lógico-racional, pode ocasionar. A questão que surge a partir dessa operacionalização direciona-se à consolidação de um caráter formalista de uma categoria que opera, sobretudo, como uma estrutura lógico-racional do direito. Não há que se falar em violação à direitos sob a justificativa de ausência de legislação ou substantivação jurídica da dignidade da pessoa humana. O que se verifica, entretanto, é a ausência de adequação da aplicação da norma com critérios lógico-racionais, ou seja, com a axiologia jurídica que consolida a dignidade, justiça, ética como valores centrais do direito.<sup>46</sup>

Em diálogo com a abordagem a respeito do conteúdo do princípio da dignidade humana, Barretto retoma as contribuições kantianas e refere que duas máximas são capazes de desdobrar seu núcleo: “não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa”<sup>47</sup>. Assim, a primeira máxima significa reconhecer de forma axiológica e material a humanidade em cada indivíduo. Como fim em si, não há espaço para coisificação, descarte ou animalidade do ser. A segunda máxima aborda um conceito mais amplo, pois implica que o princípio da dignidade humana atenda às necessidades vitais do indivíduo. Isso porque a pessoa, enquanto ser vivo, possui matéria corpórea e necessidades que

<sup>45</sup> SÃO PAULO. 2ª Vara Cível da Comarca de Mococa/SP. **Sentença nº 1000495-24.2017.8.26.0360**. Autor: Ministério Público Estadual. Réus: Município de Mococa/SP e Tatiane Monique Dias. Juiz: Djalma Moreira. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpog/show.do?processo.foro=360&processo.codigo=A00000O410000>. Acesso em: 01. ago. 2019.

<sup>46</sup> FERNANDEZ, Eusebio. Teoría de la justicia y derechos humanos. Madrid: Editorial Debate, 1987; BARRETTO; Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>47</sup> Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



precisam ser atendidas “para livrá-la da sujeição e da degradação. Nesse contexto, a dignidade da pessoa exige para sua preservação o acesso a um trabalho digno, à moradia e aos cuidados relativos à saúde”<sup>48</sup>.

A partir dessas premissas, à luz dos fundamentos da moral kantiana sobre a dignidade humana e o direito, a decisão de julgamento da Apelação nº 1000495-24.2017.8.26.0360, retoma mais a razão de ser do texto constitucional. Há uma nítida interpretação da dignidade humana no viés da contribuição kantiana sobre indivíduos como fins em si mesmo, e não como meios. Em termos propriamente kantianos, convertendo um ser humano – que é fim em si – à precificação, a condição abjeta, a mera característica de meio para obtenção de finalidade contrária aos direitos humanos, núcleo central do sistema jurídico<sup>49</sup>.

Nos termos da decisão, portanto, verifica-se total discordância com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do estado democrático de direito, a autorização judicial para esterilização de Janaína Aparecida Quirino, justamente porque a legislação constitucional e infraconstitucional foi descumprida. O fato de ter reduzido o direito à saúde, o direito ao planejamento familiar, e o entrelace de direitos básicos que culminam nos direitos reprodutivos à ato de violência física e psíquica, dissociado da proteção da integridade pessoal e tratamento humano. Isso foi possível em desconsideração completa à Janaína como ser humano dotado de dignidade e fim em si mesmo, mas claramente em seu inverso: um meio para a prática de esterilização eugênica, levada em conta por características de vulnerabilidade social e reduzindo a garantia de necessidades vitais ao ser humano.<sup>50</sup>

Em similar sentido é a Sentença nº 1000495-24.2017.8.26.0360, que considerou apto o deferimento da prática de esterilização forçada em sede

---

<sup>48</sup> Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>49</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

<sup>50</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

de tutela antecipada, e, aparentemente, em desatenção aos requisitos específicos da Lei 9.263/1996, uma vez que a Tatiane se encontrava em ocasião de parto, ou seja, estado puerperal, tal qual Janaína. Igualmente em relação à aplicação do direito à saúde, parece haver uma clara desconexão com o núcleo da dignidade humana e dos direitos reprodutivos como um todo, uma vez que a sentença é no sentido de que a esterilização, um método contraceptivo irreversível, seja deferida em sede de tutela de urgência e considerada como efetiva prestação da assistência pública<sup>51</sup>. Mesmo que o caso não esteja disponibilizado na íntegra e a sentença conte com pouca fundamentação, só a leitura do artigo 10 da Lei de planejamento familiar já indica certas contrariedades do direito com a resolução do caso. Problematiza-se, assim, que as máximas que possivelmente desdobrariam o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana foram, igualmente, pouco consideradas no caso de Tatiana.<sup>52</sup>

No sentido aqui exposto, torna-se possível visualizar que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na garantia de direitos reprodutivos não se fez central na resolução fática de ambos os casos, uma vez que Janaína e Tatiane foram submetidas à prática de esterilização considerada não regular com iniciativa e autorização do poder público. Contudo, esclarece-se que a resolução jurídica da Apelação nº 1000495-24.2017.8.26.0360, ainda que tardiamente, resgatou a fundamentação ético-filosófica da dignidade humana, diferente da Sentença nº 1000495-24.2017.8.26.0360. Assim, visualiza-se que apesar do texto constitucional ser claro ao dispor da dignidade humana como fundamento central da ordem jurídica, e desse princípio específico estar contido na redação do dispositivo sobre o planejamento familiar, sua aplicação para a garantia de outros direitos dissociou-se de pressupostos éticos e morais.

---

<sup>51</sup> SÃO PAULO. 2ª Vara Cível da Comarca de Mococa/SP. **Sentença nº 1000495-24.2017.8.26.0360**. Autor: Ministério Público Estadual. Réus: Município de Mococa/SP e Tatiane Monique Dias. Juiz: Djalma Moreira. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=360&processo.codigo=A00000410000>. Acesso em: 01. ago. 2019.

<sup>52</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. BARRETTO; Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

## Considerações finais

A prática de esterilizações involuntárias, ou seja, forçadas ou coercivas, em mulheres, não é um fato descontextualizado no Brasil e no contexto mundial. Sem a pretensão de aprofundar-se em tantas outras problematizações que a violação de direitos reprodutivos implica, a análise aqui pretendida concentrou-se no princípio da dignidade humana e seus desdobramentos no âmbito dos direitos reprodutivos. Não há que se falar, nesse sentido, em ausência de legislação a respeito do tema. Tanto o direito internacional dos direitos humanos quanto a ordem jurídica brasileira legislam no sentido de proteger direitos reprodutivos, ainda que não sob essa nomenclatura, este último em caráter constitucional e infraconstitucional.

Contudo, a questão que se coloca, analisando a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana pelo poder público, na resolução jurídica de casos de esterilizações cirúrgicas consideradas involuntárias, é que a fundamentação ético-filosófica da dignidade humana foi menos considerada para a resolução prática dos casos, resultando em arbitrariedades explícitas do manejo do direito. Ainda que os casos não tratem de entendimentos de tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, produzindo direito, ambas judicializações violaram direitos sob a iniciativa e autorização do próprio poder público sob a argumentação de garanti-los, tanto que tal é a fundamentação de uma das decisões analisadas.

Nesse sentido, o ponto chave da problematização do estudo é respondida pela consideração de que ainda que a dignidade humana seja reconhecida como princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, e, portanto, dos direitos reprodutivos, sua aplicação prática, como fio condutor de direitos, se não precedida de fundamentos ético-filosóficos, pode estar dissociada do núcleo ético e moral essencial.

## Referências

- BARRETTO; Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Trad. Humberto Laport de Mello. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 8, p. 33-95, ago. 2015.
- BERGAMO, Mônica. **Mesmo promotor e juiz atuaram pela laqueadura de uma segunda mulher em Mococa**. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2018/06/mesmo-promotor-e-juiz-atuaram-pela-laqueadura-de-uma-segunda-mulher-em-mococa.shtml>. Acesso em: 01 ago. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 22 jul. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm). Acesso em: 01 ago. 2019.
- CORREA, Sonia; Ávila, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos: pauta global e percursos brasileiros. In: BERQUÓ, Elza. (Org.) **Sexo & Vida**: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. Campinas: Editora Unicamp, 2003, p. 17-18.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Acesso a la información em matéria reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos**. Organización dos Estados Americanos, 2011.
- CORREA, Sonia; PETCHESKY, Rosalin. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **Physis**, Rio de Janeiro, v.6, n.1/2, p.147-77, 1996.
- FERNANDEZ, Eusebio. Teoría de la justicia y derechos humanos. Madrid: Editorial Debate, 1987; BARRETTO.
- HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2013.

LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima; OLIVEIRA, Carina Costa de; BRAGA, Erika. Crônica 1: O Caso nº 12.655 da CIDH – A primeira submissão de caso de esterilização forçada à Corte Interamericana de Direitos Humanos frente à dimensão global deste crime. **Revista de Direito Internacional**. Crônicas da atualidade do Direito Internacional. v. 12. n. 12. 2015, p. 1-10.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) MULHERES. **Nota do UNFPA, ONU Mulheres e ACNUDH sobre esterilização não voluntária**. 26 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/nota-do-unfpa-onu-mulheres-e-acnudh-sobre-esterilizacao-nao-voluntaria/>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROSEN, Michael. **Dignidade: sua história e significado** Trad. André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

SÃO PAULO. 2ª Vara Cível da Comarca de Mococa/SP. **Sentença nº 1000495-24.2017.8.26.0360**. Autor: Ministério Público Estadual. Réus: Município de Mococa/SP e Tatiane Monique Dias. Juiz: Djalma Moreira. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=360&processo.codigo=A00000O410000>. Acesso em: 01. ago. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360**. Recorrente: Prefeitura Municipal de Mococa/SP. Recorrido: Ministério Público Estadual e Janaína Aparecida Quirino. Relator: Dimas Mascaretti. São Paulo, 23 de maio de 2018. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1INTfDLL9zGVgsTHu2QoMcRd6laxDGNU/view>. Acesso em: 01 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, vol. 9, p. 345-374, ago. 2015.

SENADO FEDERAL. **Relatório nº 2 de 1993. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.** Brasília, 1993. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/85082/CPMIEsterilizacao.pdf?sequence=7&isAllowed=y>. Acesso em: 01 ago. 2019.

SENADO FEDERAL. **Casos de laqueadura compulsória serão discutidos pela CDH.** 13 de julho de 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/casos-de-laqueadura-compulsoria-serao-discutidos-pela-cdh>. Acesso em: 01 ago. 2019.

UNITED NATIONS. The Danish Institute for Human Rights. **Reproductive Rights are Human Rights. A Handbook for national human rights institutions.** 2014. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/NHRIHandbook.pdf>. Acesso em: 01. ago.2019.

VEJA SÃO PAULO. **OAB questiona juiz e promotor por casos de esterilização de mulheres.** 20 de junho de 2018. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/oab-juiz-promotor-mulheres-esterilizacao/>. Acesso em: 01 ago. 2019.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil.** 3 ed. rev. e atual. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA, 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization.** An interagency statement OHCHR, UM Woman, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO. 2014. Disponível em: [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/201405\\_sterilization\\_en.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf). Acesso em. 29 jul. 2019.

## **A questão intersexo diante do embate bioético entre autonomia e beneficência**

*Carlos Eduardo Alban*<sup>1</sup>

### **Introdução**

A chamada identidade intersexual é, talvez, aquela de definição mais variável dentre todas as “minorias sexuais e de gênero”. É bastante difícil associar pessoas cujo traço de semelhança em questão seja qualquer variação cromossômica ou gênica que gere diferenças substanciais nos caracteres ou órgãos sexuais a ponto de não se conseguir um enquadramento masculino ou feminino de imediato.

Desde o cerne da “questão intersexo”, indaga-se a respeito da legitimidade que médicos, pais e juízes possuem para arbitrar um gênero para um indivíduo. Como tratar de um direito personalíssimo sem sequer a anuência do maior interessado? Fato é que a decisão conferida ao médico é permeada por complexidades, seja em relação às expectativas sociais, seja pelas possíveis complicações físicas e psicológicas posteriores, apesar de toda a sua incerteza.

A partir desse panorama, dilemas bioéticos surgem diante do conflito existente entre a autonomia da vontade do intersexo enquanto paciente e as razões presentes nas práticas médicas, as quais assumem posturas cujas

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Médico pela Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

motivações variam entre fatores meramente estéticos, a preservação das capacidades reprodutivas e até intervenções que podem ser imprescindíveis para salvar a vida do indivíduo.

A intersexualidade existe, então, em meio a situações cujos prognósticos médicos são bastante casuísticos. Portanto, é preciso uma maior apuração das bases médicas antes de qualquer depuração bioética a respeito da autonomia individual ou dignidade humana, o que, necessariamente, inclui os diversos posicionamentos a respeito de possíveis adiamentos ou relativos à própria inexecução das cirurgias, tendo em vista o ideal médico de promover o bem-estar do “paciente”.

Ao se levar em consideração uma perspectiva interdisciplinar, tem-se que a definição de intersexualidade vai muito além dos catálogos médicos que delimitam síndromes ou mesmo “anomalias”. Tratar da questão intersexual é necessariamente questionar as bases que legitimam a estruturação das categorias sexo e gênero, o que inclui as definições médicas e jurídicas dos termos. Entre elas, a forma com que uma interpretação binária acaba objetificando esses corpos.

Nessa esteira, propõe-se no primeiro capítulo a reconstrução da visão da intersexualidade como uma situação de emergência médica, segundo a qual para configurações sexuais díspares recomendam-se intervenções cirúrgicas necessárias ao “paciente”, que, por vezes, não passam de correções estéticas arbitrárias ou de decisões que priorizam a manutenção das capacidades reprodutivas do sujeito em detrimento de sua auto-imagem e auto-identidade.

O segundo capítulo, por sua vez, orbita em torno da clássica discussão dos limites da autonomia frente à beneficência dentro dos atos médicos, o que é notório na situação das cirurgias precoces em intersexos. Para tanto, retoma-se o conceito de dignidade humana de cariz kantiana, já que esse tratamento objetificado dos corpos intersexos acaba por lhes retirar a sua dignidade no momento em que se encontra comprometida a sua autonomia.

A terceira parte da presente pesquisa, ao seu turno, corresponderá ao estudo de casos referentes a decisões judiciais do Tribunal colombiano, nas



quais fica clara a aplicação da principiologia bioética diante das intervenções cirúrgicas e terapêuticas em intersexos. O objetivo, aqui, proposto é de trazer toda a construção teórica mais próxima do estado em que se encontra a realidade prática do Direito. Nesse ínterim, acredita-se que as discussões do tema em ordenamentos estrangeiros podem servir como aliçaço para futuras construções no ordenamento brasileiro.

## 1. O estabelecimento da identidade intersexo pelas ciências biomédicas

Segundo o teórico e ativista dos direitos *intersex* Mario Cabral em entrevista concedida a Gabriel Benzur<sup>2</sup>, um dos fatores mais complexos ao lidar com a intersexualidade é a associação existente no imaginário cultural que a associa ao hermafroditismo. A complicação estaria no sentido trazido pela palavra de que existiriam dois sexos num mesmo corpo ou, mais precisamente, tanto um pênis como uma vagina. Além da dificuldade de delimitação dos contornos que definem quem seria ou não um intersexo, há grandes discussões técnicas e políticas em torno dessa e de outras nomenclaturas.

Para a medicina, a intersexualidade teve sua classificação alterada diversas vezes ao longo da história, desde uma catalogação pautada na presença concomitante de tecidos testiculares e ovarianos até a cada vez mais crescente ordenação em torno de uma classificação sindrômica, sendo a mais frequente a Hiperplasia Adrenal Congênita. Na avaliação médica para definir um sexo predominante, são observados os aspectos genéticos/moleculares, o fenótipo, composto pelo sexogonadal e sua potencialidade hormonal e gametogênica, e os componentes dos genitais internos e externos<sup>3</sup>.

A história das condutas profissionais diante de casos de intersexualidade passou por diferentes períodos ao longo da evolução da prática

---

<sup>2</sup> CABRAL, Mauro; BENZUR, Gabriel. **Cuando digo intersex**: un diálogo introductorio a la intersexualidad. *Cadernos Pagu*, Córdoba, n. 24, 2005, pp. 283-304.

<sup>3</sup> SPÍNOLA-CASTRO, Ângela Maria. A importância dos aspectos éticos e psicológicos na abordagem do intersexo. *Arquivo Brasil Endocrinologia Metabólica*, São Paulo, v. 49, n. 1, 2005, pp. 46-59.

médica. Classicamente, os autores costumam dividir essas transformações a partir de três grandes ciclos: a era das gônadas, a era cirúrgica e, mais recentemente, a chamada era do consenso. Esse primeiro período inicia-se na era vitoriana, ou seja, na Inglaterra do Século XIX.

Segundo a endocrinopediatra Ângela Maria Spinola-Castro<sup>4</sup>, nessa época de florescimento da ciência e de curiosidade acerca da sexualidade, buscavam-se critérios estáveis para definir o sexo, quando então surge uma solução proposta por dois médicos ingleses, Blacker e Lawrence, que concluíram que a natureza anatômica das gônadas deveria determinar o “sexo verdadeiro” do indivíduo.

A partir da tomada do referido ponto de vista como hegemônico, o raciocínio tornou-se prática, na presença de ovários, o indivíduo deveria ser considerado mulher (pseudo-hermafroditismo feminino) e na presença dos testículos, homem (pseudo-hermafroditismo masculino)<sup>5</sup>. Contudo, com o avanço tecnológico e, em especial a realização de biópsias, notou-se que os antigos parâmetros eram bastante insuficientes, já que os atributos físicos do sexo não eram necessariamente dependentes das gônadas. Eis então que surge a “era cirúrgica”.

Nesse segundo ciclo de evolução da prática, os trabalhos do psicólogo neozelandês John Money acerca do conceito de “papal de gênero” foram divisores de água. Segundo o autor, esse termo sintetizaria o conjunto de sentimentos, assertivas, atitudes e comportamentos representantes do que uma pessoa diz ou faz para se assinalar como tendo o *status* de menino ou homem, garota ou mulher. Isso inclui, porém não é restrito à sexualidade no sentido de erotismo<sup>6</sup>.

O co-autor do livro “*Man and woman, boy and girl*”, estabelece nos anos 60, através de pesquisas realizadas em intersexuais, uma diferenciação

---

<sup>4</sup> SPÍNOLA-CASTRO, Ângela Maria. A importância dos aspectos éticos e psicológicos na abordagem do intersexo. *Arquivo Brasil Endocrinologia Metabólica*, São Paulo, v. 49, n. 1, 2005, pp. 46-59

<sup>5</sup> SPÍNOLA-CASTRO, Ângela Maria. A importância dos aspectos éticos e psicológicos na abordagem do intersexo. *Arquivo Brasil Endocrinologia Metabólica*, São Paulo, v. 49, n. 1, 2005, pp. 46-59

<sup>6</sup> MONEY, John; EHRHARDT, Anke. *Man & Woman, Boy & Girl: Gender Identity from Conception to Maturity*. Northvale: Jason Aronson. 1996.

conceitual entre sexo biológico e gênero que se tornará marcante para o pensamento clínico firmado adiante. Money fundou uma concepção de que toda criança teria aquilo que ele chamou de “identidade de gênero” fixada logo cedo.

A conclusão é que um grande passo na diferenciação de gênero dos infantes seria a sua autodenominação como masculino ou feminino segundo o sexo atribuído e determinado, a qual, em linhas gerais, aconteceria até os dezoito meses de vida, sendo considerado completo o seu desenvolvimento em torno dos quatro anos e meio<sup>7</sup>. Nesse sentido, todas as crianças nasceriam com uma espécie de “neutralidade psicosssexual”, o que propiciaria um terreno fértil para se acreditar que crianças poderiam ser ensinadas a seguir um gênero desde que a anatomia do genital conferisse credibilidade à conduta a ser indicada<sup>8</sup>.

Em suma, o papel de gênero seria avaliado em relação às seguintes características: maneirismos, comportamentos e condutas gerais; preferências de brincadeiras e interesses recreativos; tópicos espontâneos em conversas inapropriadas e comentários casuais; conteúdo de devaneios e fantasias; respostas a indagações indiretas e testes projetivos; evidência de práticas eróticas e, finalmente, a resposta da própria pessoa sobre indagações diretas<sup>9</sup>.

Money vai legitimar o procedimento de redefinição sexual ainda em vigor hoje, no qual, em caso de mutilação ou de “hermafroditismo declarado”, há a recomendação médica da cirurgia (a castração dos machos genéticos, por exemplo) acompanhada de uma educação inequívoca dentro dos papéis de gênero femininos. A partir do autor, o saber biológico sobre o “hermafroditismo” humano, acumulado desde os anos 20 terá uma interpretação mais sociológica. Dessa forma, a identidade sexual dos

---

<sup>7</sup> SAADEH, Alexandre. **Transtorno de identidade sexual**: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino. São Paulo: USP, 2004.

<sup>8</sup> SPÍNOLA-CASTRO, Ângela Maria. A importância dos aspectos éticos e psicológicos na abordagem do intersexo. **Arquivo Brasil Endocrinologia Metabólica**, São Paulo, v. 49, n. 1, 2005, pp. 46-59

<sup>9</sup> MONEY, John; EHRHARDT, Anke. **Man & Woman, Boy & Girl**: Gender Identity from Conception to Maturity. Northvale: Jason Aronson. 1996.

indivíduos como decorrência, essencialmente, de um aprendizado do "papel de gênero" e existência de uma "identidade de gênero" proveniente dessa relação será, daí em diante, tratada basicamente como fato pela ciência<sup>10</sup>.

A partir desse período, a ambiguidade genital começou a ser tratada como emergência médica, passível de intervenção cirúrgica e tratamento. A orientação era a de não se discutir com o indivíduo ou sua família sobre a condição anterior de intersexo<sup>11</sup>. Essa limitação do diálogo e quase exclusivo domínio médico sobre a questão provocou críticas que conduziram a uma maior abertura, o que serviu para inaugurar a denominada "era do consenso", na qual se pretende trazer os demais envolvidos para o processo decisório que delimitará o sexo do recém-nascido.

O assunto tornou-se bastante notório depois do Consenso de Chicago, publicado em dois periódicos médicos em 2006, o qual tinha o propósito de definir, não isentado de controvérsias, todas essas ocorrências através do termo "anomalias da diferença sexual" (ADS)<sup>12</sup>. Mesmo antes desse posicionamento mais firmado da medicina norte-americana, o Conselho Federal de Medicina, em sua resolução de nº 1664/03, adotara a expressão ADS para tratar da questão.

No primeiro artigo da referida resolução, o CFM considera uma anomalia da diferenciação sexual os casos exemplificativos de genitália ambígua, ambiguidade genital, intersexo, hermafroditismo verdadeiro, pseudo-hermafroditismo (masculino ou feminino), disgenesia gonadal e sexo reverso. Ademais, é exposta em artigos subsequentes a necessidade de realização de investigações precoces e de possíveis exames complementares para definir adequadamente o gênero e estabelecer um tratamento em tempo hábil, dada a decisão médica ser encarada como emergencial.

---

<sup>10</sup> CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do "fenômeno transexual" (1910-1995). *Rev. Bras. Hist.*, São Paulo, v.21, n.41, p.77-111, 2001.

<sup>11</sup> SPÍNOLA-CASTRO, Ângela Maria. A importância dos aspectos éticos e psicológicos na abordagem do intersexo. *Arquivo Brasil Endocrinologia Metabólica*, São Paulo, v. 49, n. 1, 2005, pp. 46-59

<sup>12</sup> SPÍNOLA-CASTRO, Ângela Maria. A importância dos aspectos éticos e psicológicos na abordagem do intersexo. *Arquivo Brasil Endocrinologia Metabólica*, São Paulo, v. 49, n. 1, 2005, pp. 46-59

Em contrapartida, existem profissionais que afirmam serem poucos os casos em que efetivamente há um risco de morte que justifique uma intervenção imediata. Os casos em que efetivamente está em perigo a vida do indivíduo são específicos, a exemplo da hiperplasia congênita da suprarrenal (ou adrenal)<sup>13</sup>. Contudo, nas razões apontadas para a resolução, não é apenas o comprometimento da vida do indivíduo que é levantado, encontrando-se, também, possíveis complicações relativas à integridade psíquica, auto-imagem e vivência social.

Ao se referir a uma equipe multidisciplinar que define o sexo do recém-nascido, o Conselho Federal de Medicina elencou os conhecimentos médicos obrigatórios das seguintes áreas: clínica geral e/ou pediátrica, endocrinologia, endocrinologia-pediátrica, cirurgia, genética, psiquiatria e psiquiatria infantil. Além disso, para compor os diagnósticos, são trazidos os seguintes tipos de avaliação: clínico-cirúrgicas, hormonal, por imagem, psicossocial e genética. Contudo, um eventual auxílio de demais profissionais ficaria a critério deliberativo da equipe médica.

A Resolução prevê vagamente a participação do sujeito e da família na designação do sexo, à medida que exige que haja condições não especificadas para tanto. Todavia, como a maioria dessas situações é tratada como emergência médica e ocorrem diante de recém-nascidos, dificilmente o intersexual teria a possibilidade real de opinar ou mesmo capacidade civil para decidir.

Ademais, acerca da possibilidade de adiamento da cirurgia, o CFM, na exposição de motivos, assume uma postura de precaução ao afirmar não existirem estudos em longo prazo concernentes às suas implicações. Essa justificativa de dever de proteção do paciente conferido à equipe médica guarda relação com eventuais danos físicos ou psicológicos futuros não claramente definidos no texto.

---

<sup>13</sup> GUIMARÃES, Anibal; BARBOZA, Heloísa Helena. Designação sexual em crianças intersexo: uma breve análise dos casos de “genitália ambígua”. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, out. 2014.

## 2. O dilema bioético da autonomia e beneficência frente à dignidade humana

Como bem aponta a bióloga Fausto-Sterling<sup>14</sup>:

Se uma criança nasce com dois cromossomos X, ovários, um útero na parte de dentro, mas com um pênis e uma bolsa escrotal na parte de fora, por exemplo, é um menino ou uma menina? A maioria dos médicos dirá que é uma menina, a despeito do pênis, por causa de seu potencial para dar à luz, e intervêm usando cirurgia e hormônios para confirmar sua decisão. A escolha dos critérios a utilizar na determinação do sexo, e a escolha de simplesmente fazer essa determinação, são decisões sociais para as quais os cientistas não podem oferecer regras absolutas.

Ao se dividir a sexualidade humana de forma binária impossibilita-se a existência social de seres que não estejam conformados a uma das suas polaridades (masculina ou feminina). Esse panorama contribui para que os casos de intersexualidade em recém-nascidos sejam encarados como emergências médicas. Assim, o ato cirúrgico torna-se um procedimento que não poderia ser excessivamente postergado, devido às alegações médicas de urgência para conferir a esses sujeitos uma existência social livre de estigmas.

No campo bioético, um trabalho pioneiro para tratar da autonomia e dos confrontos entre princípios éticos quando se trata de intervenções médicas é o de James Childress e Tom Beauchamp, autores do livro *Principles of Biomedical Ethics* (2001) e pais da chamada corrente principialista. Os autores listam quatro agrupamentos (clusters) que serviram como pilares para as condutas médicas: respeito à autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça.

O respeito à autonomia é descrito como uma “norma voltada para o respeito às capacidades de tomada de decisão de pessoas autônomas”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> FAUSTO-STERLING, Anne. Dualismos em duelo. *Cadernos Pagu*. v. 17/18, 2001/02, pp.9-79, p.20.

<sup>15</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2001, p.12, tradução livre.

Tem necessariamente uma dupla obrigação negativa e positiva. A partir da primeira, impõe ao agente de saúde um impedimento de agir de maneira a constranger ou restringir as escolhas do seu assistido. Em decorrência da última, por outro lado, gera a necessidade de informar, o que inclui esclarecer as especificidades técnicas dos procedimentos e garantir o consentimento informado.

Em se tratando de autonomia, para consolidar as discussões bioéticas sobre o conflito existente entre esse princípio e a beneficência, é necessário retomar pressupostos kantianos acerca da dignidade humana. O filósofo é o responsável por relacionar o conceito de dignidade a uma espécie de “valor” daquilo que, por sua natureza, não pode ter preço. Nesse sentido, a dignidade derivaria da capacidade humana de agir autonomamente.

O sentido de autonomia, para Kant (1785), é bem diferente da noção comum que se atribui ao termo a partir de um significado de escolha deliberada de vontade destituída de qualquer valor<sup>16</sup>. Em contrapartida, “o que Kant entende por autonomia é a ideia de que a lei moral a que nos devemos reconhecer obrigados nos é determinada por nós mesmos”<sup>17</sup>. Portanto, a existência da moralidade não só determinaria o sentido da autonomia individual como a precede.

Acima de tudo, para Kant (1785), dizer que a vida humana possui dignidade não significa atribuir-lhe um valor substantivo quantificável, mas constatar que possui certa espécie de valor que é intrínseco, irrenunciável, incondicional e incomparável. O autor vincula esse valor à humanidade em virtude da sua capacidade de um agir moral. Assim, a dignidade da lei moral torna os seres humanos – sua personalização – dignos de respeito<sup>18</sup>.

A partir do referido panorama filosófico, “não pode ser considerado unicamente como um meio para os fins dos outros, e nem para os seus próprios, mas sim como um fim em si mesmo, quer dizer que ele possui

---

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. 1785.

<sup>17</sup> BARRETO, Vicente. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2 ed., 2013, p.43.

<sup>18</sup> BARRETO, Vicente. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2 ed., 2013.

uma dignidade<sup>19</sup>". Então, é inegável que a autonomia seja o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional e que a racionalidade seja condição essencial para a moralidade.

Em outras palavras, Kant (1785) sugere que, a partir do momento em que desconsidera a sua agência racional, o agente falha em respeitar a humanidade do outro. Portanto, a noção de pessoa para Kant é a de um "sujeito de uma razão moralmente prática"<sup>20</sup>, sendo o agir moral um comportamento autônomo, livre e necessariamente passível de universalização, ou seja, de repetição independente de particularidades culturais. Ademais, à medida que a personalidade se expressa através da liberdade e independência em relação à natureza, consideradas como poder de se encontrar submetidas às leis universais da razão próprias do homem, toda a humanidade torna-se um fim em si mesmo.

Kant (1785) firma a concepção filosófica de que o que se entende por liberdade estaria inseparavelmente ligado ao conceito de autonomia, o qual, por sua vez, se conectaria ao princípio universal da moralidade. Nesse ínterim, a moralidade encontrar-se-ia na base de todas as ações dos seres racionais assim como a lei natural está no fundamento de todos os fenômenos. Portanto, a dignidade, para o filósofo, pode ser sintetizada a partir da "faculdade que tem a pessoa de estabelecer leis universais de comportamento as quais ela própria deve submeter-se"<sup>21</sup>.

Em se tratando de dignidade, são também elementares as considerações do filósofo Michael Rosen para o debate bioético:

o direito a um tratamento digno é, potencialmente, um direito universal. Se considerarmos a dignidade como a realização de alguém que conseguiu superar a própria resistência a agir de forma digna, nem todos serão dignos. Ainda assim, é perfeitamente coerente dizer que todos – mesmo aqueles entre nós

---

<sup>19</sup> BARRETO, Vicente. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2 ed., 2013, p.71.

<sup>20</sup> BARRETO, Vicente. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2 ed., 2013, p.72.

<sup>21</sup> BARRETO, Vicente. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2 ed., 2013, p.73.



que carecem de forma moral para portar-se dignamente quando confrontados como desafios morais – devem ser tratados “com dignidade”. Devem ser tratados “com respeito” – o que significa dizer, acima de tudo, que não devem ser tratados de forma desrespeitosa, mediante humilhação ou degradação<sup>22</sup>.

A liberdade do ser humano está na raiz de sua dignidade intrínseca, no sentido de que, diferente dos demais seres vivos que agem a partir do instinto, o homem consegue decidir suas condutas por si mesmo, com base na razão, podendo, inclusive, negar sua vontade instintiva. Nesse ínterim, o ser humano não está programado ou condicionado à realização inevitável de determinadas atividades, nem pelos seus genes, nem pelo instinto, nem pela educação recebida<sup>23</sup>.

Todo ser humano goza de autodeterminação que, juntamente com a inteligência, constitui a mais nobre das faculdades humanas. A liberdade é condição necessária da Ética e do Direito, visto que sem a possibilidade de autodeterminação, as regras, sejam elas éticas, jurídicas ou de qualquer outra natureza, perderiam o sentido para o homem<sup>24</sup>.

Em termos gerais, o respeito à liberdade implica duas exigências: uma referente ao fato de que o próprio sujeito, sem coação ou determinação de terceiros, tenha determinado a sua ação e que não haja obstáculos injustificados à realização e sua vontade. Portanto, “a referência à autonomia indica habitualmente o pleno reconhecimento do status de ‘pessoa’ (e não de objeto) do paciente e de sua aptidão para tomar decisões sobre os tratamentos aos quais deseja ou não se submeter”<sup>25</sup>.

A valorização da autonomia do paciente é um passo essencial para a superação do conceito paternalista tradicionalmente empregado na Medicina, segundo o qual o médico pode decidir de forma unilateral o tratamento

---

<sup>22</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade: sua história e significado**. Tradução de André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015, p.68-69.

<sup>23</sup> ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: Dois Paradigmas Opostos ou Complementares na Bioética? In: **Bioética e Responsabilidade**. J. Martins-Costa, L. Ludwig Möller (orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>24</sup> ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: Dois Paradigmas Opostos ou Complementares na Bioética? In: **Bioética e Responsabilidade**. J. Martins-Costa, L. Ludwig Möller (orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>25</sup> ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: Dois Paradigmas Opostos ou Complementares na Bioética? In: **Bioética e Responsabilidade**. J. Martins-Costa, L. Ludwig Möller (orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.48.

a seguir, sem considerar os desejos, temores e interesses do paciente. Entretanto, isso não significa a aceitação do seu extremo oposto, ou seja, um relativismo moral em que seja apenas determinante a vontade do afetado.

É também dever do médico a prestação dos serviços de saúde, além de oferecer o seu saber técnico e zelar pelo bem-estar daqueles que estão sob os seus cuidados e, nesse sentido, o debate bioético funciona como baliza desse conflito. Portanto, exposto o cerne das discussões éticas sobre a auto-determinação dos intersexos, faz-se necessário um estudo casuístico mais apurado de decisões e normativas jurídicas estrangeiras que mais extensamente desenvolveram o tema para melhor firmar o escopo da questão.

### **3 A aplicação do dilema bioético à luz do caso colombiano**

Segundo a professora de Direito da Universidade de Michigan Julie Greenberg, a lei estadunidense tipicamente vem operando em uma lógica binária, a partir da presunção de que os termos “homem/macho” e “mulher/fêmea” são fixos e destituídos de ambiguidade, mesmo que, curiosamente, muitas vezes o Judiciário tenha que ser acionado para determinar o sexo legal de um indivíduo. A ambiguidade sexual humana é ignorada pela maioria das decisões judiciais, sendo que existe literatura médica considerando que um valor aproximado de um a quatro por cento da população mundial seja, de alguma maneira, “intersexuada”, seja por caracteres sexuais ambíguos ou não congruentes<sup>26</sup>.

A questão da intersexualidade para o Direito tem uma peculiar implicação na determinação do sexo legal nos casos em que existe divergência entre o padrão dado pelo mosaico cromossômico, o sexo gonadal e o fenótipo. Há casos, por exemplo, de pessoas identificáveis socialmente como mulheres contendo o cromossomo sexual “Y” e gônadas masculinas, por

---

<sup>26</sup> GREENBERG, Julie A. Defining male and female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology. *Arizona Law Review*, vol. 41, n. 265, 1999, pp. 265-328.

exemplo. O problema jurídico aqui residiria na escolha do critério dominante para a identificação do sexo legal, já que o enquadramento jurídico é ainda dado por um sistema dimorfista<sup>27</sup>.

Portanto, questiona-se se seria o aspecto mais subjetivo da aparência o predominante ou se os fatores mais objetivos trazidos pelos cromossomos e gônadas trariam mais segurança jurídica. De qualquer sorte, ambas as posições são arbitrárias, já que estão longe de lidar, sempre, com corpos facilmente identificáveis com padrões estipulados para homens e mulheres. Apesar de hoje não se estar diante da relevância que havia no passado na determinação do sexo civil, dada a autorização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, é certo que o “sexo” é um elemento de identificação social do indivíduo consigo mesmo e em diversas situações cotidianas.

No ordenamento colombiano, observam-se dois casos de crianças intersexos de 1999 em que foi acionada a Corte Constitucional do país, que culminaram na *Sentencia SU-337/99* e na *Sentencia T-551/99*. Os dois cenários dizem respeito a uma criança de dois anos de idade e outra de oito anos, respectivamente. Em ambas as situações, a Corte decidiu que nem os pais nem os médicos tinham o poder de substituir o consentimento do menor para a cirurgia genital.

Para a Intersex Society of North America, essas decisões acabam por limitar a prática de os médicos colombianos realizarem cirurgias precoces em crianças intersexo, além de buscar forçar os pais a colocar o melhor interesse da criança à frente dos seus medos e preocupações acerca de uma ambigüidade sexual (ISNA, 2017).

No primeiro julgado, encontra-se a seguinte posição da Corte acerca do conflito entre os avanços e limites da Ciência Médica em relação à Bioética e aos direitos individuais do intersexo:

*es cierto que en principio deben evitarse al máximo las interferencias jurídicas y estatales en las discusiones científicas y en la evolución de la técnica, las*

---

<sup>27</sup> GREENBERG, Julie A. Defining male and female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology. *Ari-zona Law Review*, vol. 41, n. 265, 1999, pp. 265-328.

*cuales deben ser lo más libres posible, no sólo para amparar la libertad de pensamiento sino también para potenciar la propia eficacia de las investigaciones científicas y estimular así el progreso del conocimiento. Sin embargo, en la medida en que las investigaciones biológicas y las prácticas médicas recaen sobre seres vivos, y en especial sobre personas, es obvio que si bien pueden ser benéficas para el paciente, también pueden ser dañinas y deben por ende estar sometidas a controles para proteger la inviolabilidad y la dignidad de las personas. Además, después de la Segunda Guerra Mundial, y en especial de Auschwitz, la ciencia en general, y la ciencia médica en particular, no pueden ser consideradas impermeables a la ética ni al derecho, como lo muestra la propia expedición, por el Tribunal de Nuremberg, del llamado Código de Nuremberg, que establece una reglas mínimas aplicables en toda investigación sobre seres humanos.*

Nesse ínterim, os fundamentos utilizados nas duas sentenças apontam para uma prevalência de cinco pilares principiológicos que, de certa forma, complementam-se mutuamente: a autonomia do paciente, a beneficência, a autonomia sobre o próprio corpo, o consentimento livre e informado do paciente para tratamentos médicos e a proteção constitucional do melhor interesse do menor.

Ao tratar de um dos principais princípios da Bioética na *Sentencia SU-337/99*, a autonomia do paciente, que nada mais é do que uma decorrência do direito à liberdade no campo da saúde, a Corte lembra que os indivíduos são livres e agentes morais autônomos, sendo óbvio que corresponde a eles dar sentido e rumo à sua existência e definir como entendem o cuidado com sua saúde, o que faz com que os tratamentos médicos devam contar com sua autorização.

Contudo, mesmo que considere que há uma prevalência prima face da autonomia, a Corte Constitucional Colombiana entende que esse princípio não é absoluto. Nesse sentido, cada caso requer um tratamento diferenciado, havendo situações em que se efetivamente trata de uma emergência médica, o que cria um dever médico de intervenção decorrente da ideia de beneficência, ou seja, de buscar otimizar os benefícios dos tratamentos e evitar o mal para os seus pacientes.

Ademais, a Corte é firme em estabelecer que cabe à equipe médica provar convincentemente a desnecessidade do consentimento informado ao estabelecer um quadro de emergência. Caso não o faça, a prevalência prima face do princípio da autonomia torna-se definitiva e faz com que seja inescapável a obtenção da permissão do paciente para tanto.

Na mesma sentença, a Corte esclarece que o consentimento informado é ainda mais necessário em caso de tratamentos experimentais ou em que os resultados das intervenções não são estatisticamente precisos, como ocorre em muitas situações de intersexualidade:

*esta exigencia del consentimiento, que es clara incluso en relación con los tratamientos en apariencia benéficos para la persona, es aún más evidente e importante cuando se trata de intervenciones experimentales, por cuanto, en tales eventos, es mucho mayor la posibilidad de que se cosifique a la persona y se la convierta en un simple instrumento para la realización de objetivos que le son extraños, como es la producción de conocimientos o el mejoramiento de ciertas técnicas de las que se beneficiarán otros individuos. Por ende, la investigación sobre seres humanos, que es indudablemente necesaria para mejorar la calidad misma de los tratamientos médicos, debe ser particularmente rigurosa en la obtención de un consentimiento informado de los potenciales sujetos, quienes, sin ninguna coacción o engaño, tienen derecho a decidir si participan o no en la empresa científica, sobre la base de un conocimiento objetivo de todos los eventuales riesgos y beneficios de los experimentos. De esa manera, gracias a esa intervención libre en la experiencia médica, el paciente deja de ser un objeto de la misma para convertirse en sujeto y copartícipe del desarrollo de la ciencia, con lo cual queda amparada su dignidad e inviolabilidad.*

Ao discorrer sobre as características do consentimento informado na *Sentencia SU-337/99*, é estabelecido que nem toda autorização do paciente é suficiente para legitimar uma intervenção médica, sendo necessário, antes de tudo, que o consentimento seja livre e informado. Nesse sentido, a decisão deve ser tomada sem enganos e deve se fundar em um conhecimento adequado e suficiente de todos os dados relevantes para que a pessoa possa compreender os riscos e benefícios da intervenção terapêutica e valorar as alternativas, que devem incluir a ausência de qualquer tipo de tratamento.

Ademais, a Corte deixa claro que o paciente que toma a decisão deve ser suficientemente autônomo para escolher se aceita ou não o tratamento específico, ou seja, deve se tratar de uma pessoa que na situação concreta goze das aptidões mentais e emocionais para tomar uma decisão que seja considerada uma expressão autêntica de sua identidade pessoal.

### **Considerações finais**

Num regramento que apenas torna inteligível as categorias macho e fêmea, uma das poucas saídas para sujeitos com apresentações corporais intermediárias fugirem de uma invisibilização social é recorrer à adequação cirúrgica e hormonal. Desse modo, o caráter emergencial das intervenções médicas também se fundamentaria na tentativa de conferir cidadania a essas pessoas, dados os limites e preconceitos firmados na realidade social presente. Todavia, questiona-se se uma correção emergencial seria a forma ideal de alcançar o reconhecimento dos interesses, pautando-se numa perspectiva bioética que considere o conflito entre a autonomia e a beneficência na prática médica.

Um ponto crucial da questão intersexo é o de que nenhuma cirurgia ou tratamento hormonal é destituído de riscos, o que, necessariamente, faz com que a decisão tomada não seja óbvia. No fim, muitas vezes se está diante de um cenário de balanceamento de riscos, cujas justificações, em certo grau, giram em torno de uma suposição dos interesses dos sujeitos. Deixar apenas para uma equipe médica ou à família uma decisão complexa e com muitos aspectos que fogem ao conhecimento médico é, em certo grau, não querer enfrentar as próprias situações concretas, as quais nem sempre vão se tratar realmente de emergências. Portanto, há o interesse na proteção desse indivíduo, que pode estar sofrendo uma imposição artificial de um sexo, elemento constitutivo da sua auto-imagem e auto-identidade.

É certo que há ainda grande romantização da profissão médica na nossa realidade, o que contribui para que a autonomia individual, um dos grandes pilares da Bioética, nem sempre seja respeitada. Em sociedades

de heranças paternalistas, ainda se percebe o médico como um salvador ou curandeiro, o que, de algum modo, guarda relação com o fato de os conceitos de saúde/doença e normal/patológico serem ainda tratados como perfeitas contraposições binárias antagônicas.

A despeito das críticas aqui tecidas, não se pode negar que esses procedimentos médicos tenham em si também motivações altruísticas, pautadas na busca de um alívio de possíveis traumas psicológicos de crescer não adequado ao padrão corporal que é definido como norma. O problema ético e jurídico central é questionar a legitimidade da decisão conferida à equipe médica e de que forma pode-se ampliar o poder de voz dos afetados de maneira a evitar que seres humanos deixem de ser tratados como fins em si mesmos.

## Referências

- AMERICAN SOCIOLOGICAL ASSOCIATION, **Sexualities News**: Newsletter of the Sociology of Sexualities Section of the American Sociological Association, v. 06, n. 01, 2003. Disponível em: <<http://www.asanet.org/sectionsex/documents/SUMMER03sexnews.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017.
- ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: Dois Paradigmas Opostos ou Complementares na Bioética? In: **Bioética e Responsabilidade**. J. Martins-Costa, L. Ludwig Möller (orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BARRETO, Vicente. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2 ed., 2013.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- CABRAL, Mauro; BENZUR, Gabriel. Cuando digo intersex: un diálogo introductorio a la intersexualidad. **Cadernos Pagu**, Córdoba, n. 24, 2005, pp. 283-304.
- CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do "fenômeno transexual" (1910-1995). **Rev. Bras. Hist.**, São Paulo, v.21, n.41, p.77-111, 2001.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-337/99**. Disponível em: <<http://www.isna.org/node/166>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-551/99**. Disponível em <<http://www.isna.org/node/126>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.664**, de 12 de maio de 2003. Disponível em <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=3123&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1664&situacao=VIGENTE&data=12-05-2003&vide=sim>>. Acesso em 12 de jun. 2017.

FAUSTO-STERLING, Anne. Dualismos em duelo. **Cadernos Pagu**. v. 17/18, 2001/02, pp.9-79

GREENBERG, Julie A. Defining male and female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology. **Arizona Law Review**, vol. 41, n. 265, 1999, pp. 265-328.

GUIMARÃES, Anibal; BARBOZA, Heloísa Helena. Designação sexual em crianças intersexo: uma breve análise dos casos de “genitália ambígua”. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, out. 2014.

INTERSEX SOCIETY OF NORTH AMERICA (ISNA). **Background of Colombia Decisions**. Disponível em: < <http://www.isna.org/node/21>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**. 1785.

MONEY, John; EHRHARDT, Anke. **Man & Woman, Boy & Girl**: Gender Identity from Conception to Maturity. Northvale: Jason Aronson. 1996.

ROSEN, Michael. **Dignidade: sua história e significado**. Tradução de André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015.

SAADEH, Alexandre. **Transtorno de identidade sexual**: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino. São Paulo: USP, 2004.

SPÍNOLA-CASTRO, Ana Maria. A importância dos aspectos éticos e psicológicos na abordagem do intersexo. **Arquivo Brasil Endocrinologia Metabólica**, São Paulo, v. 49, n. 1, 2005, pp. 46-59.



## **Considerações sobre feminicídio e os (des)encontros do direito com a afirmação da humanidade feminina**

*Clarice Gonçalves Pires Marques*<sup>1</sup>

### **Introdução**

Embora a Constituição Federal brasileira reafirme em seu preâmbulo princípios fundamentais para a consolidação de um Estado democrático de direito, basicamente expressando como destino estatal a viabilização de exercício de direitos sociais e individuais como liberdade, segurança, bem-estar, igualdade, dentre outros, na prática, passados 31 anos da promulgação do texto constitucional, tal efetivamente não se concretizou.

Os legisladores constituintes ocuparam-se em produzir uma legislação que abrigasse as principais diretrizes para a construção de uma democracia após cerca de vinte anos de regime de exceção instituído pelos governos militares da segunda metade do século XX. Contudo, em que pese o arcabouço legal e teórico na afirmação dos Direitos Fundamentais, o país experimenta diuturnamente verdadeiras “coleções” de violações de Direitos Humanos.

No presente texto, especificamente, trata-se da violação do direito à vida das mulheres brasileiras, pois, a despeito do texto constitucional, de acordos internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Estado brasileiro e do sistema protetivo composto pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Contato: claricepiresmarques@gmail.com

Penha) e da Lei 13.104/2015 (Lei do Feminicídio), o país consta como quinto país que mais mata mulheres no mundo.<sup>2</sup>

Neste sentido, a problemática que se busca investigar está em verificar alguns aspectos da tradição jurídica brasileira que podem ter contribuído para tal quadro de violência contra as mulheres no país, apontando seus desencontros com o que propõe a Fórmula da Humanidade proposta por Immanuel Kant. A pesquisa foi realizada a partir do método pragmático-sistêmico, basicamente fundado na observação de segunda ordem, bem como utilizou-se de análise bibliográfica, documental e em sítios eletrônicos de bancos de dados oficiais.

## 1. Feminicídio: consolidação de um conceito

O termo feminicídio ingressa no mundo jurídico brasileiro no ano de 2015, por força da promulgação da Lei 13.104/2015, conhecida como Lei do Feminicídio. A referida lei foi editada para o fim de alterar o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal) no sentido de tornar os assassinatos de mulheres em razão do gênero circunstância agravante do crime de homicídio, bem como para alterar o art. 1º da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) caracterizando este tipo de assassinato como crime hediondo.

Conquanto a noção de feminicídio tenha ingressado na pauta jurídica e política nacional somente em 2015, as teorizações sobre este conceito possuem uma caminhada bem mais longa no âmbito internacional. Karina Bidaseca<sup>3</sup> realiza um percurso histórico para elucidar sobre sua formulação, afirmando que o termo foi desenvolvido por Carol Orlock como “*femicide*”, uma escritora norte-americana, no ano de 1974. Posteriormente, em 1976, o termo foi utilizado publicamente por Diana Russell no Tribunal Internacional dos Crimes contra Mulheres, em Bruxelas, sendo

<sup>2</sup> ONU BRASIL. ONU: **Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo**; diretrizes nacionais buscam solução. Nações Unidas, p.01, 2016. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/onu-femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/> >. Acesso em 23 set. 2019.

<sup>3</sup> BIDASECA, Karina. *Feminicidio y políticas de la memoria. Exhalaciones sobre la abyección de la violencia*. In: **Hegemonia cultural y políticas de la diferencia**. Colección Grupos de Trabajo. Buenos Aires: CLACSO, 2013. Disponível em [http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/2013072101152/karina\\_bidaseca.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/2013072101152/karina_bidaseca.pdf). Acesso em 23 set. 2019. p. 89.

traduzido por Marcela Lagarde, no ano de 2004, como feminicídio, para denominar a ocorrência da morte sistemática de mulheres naquele período, no México, em Ciudad Juárez.

Marcela Lagarde<sup>4</sup> aponta que buscou traduzir o termo “femicide” como “feminicídio” e não como “feticídio” a fim de ressignificar seu conteúdo atribuindo com isso a dimensão política que indica a fragilidade do Estado de Direito quando consente com a impunidade do referido crime. Opera essa diferenciação para separar o que seria o “feticídio”, assassinato de mulheres por qualquer razão que não o gênero, tal qual ocorreria em caso de homicídio, como morte em virtude de um disparo acidental ou atropelamento acidental, por exemplo.

Agregada esta carga política no termo, o feminicídio passa a ser um crime de Estado, pois é de responsabilidade do Estado a prevenção e proteção das mulheres em face à violência de gênero, e este tem o dever de garantir sua vida e liberdade. A impunidade, assim, implica em responsabilização do Estado por ação ou omissão nestes casos, pois *“El feminicidio es el genocidio contra mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de niñas y mujeres.”*<sup>5</sup>

Paralelamente a este entendimento, há a noção adotada por Patsilí Toledo Vásquez<sup>6</sup>, a qual tem teorizado no sentido de que o “feticídio” tem sido definido como a morte violenta de mulheres pela condição de ser mulher ou por razões associadas ao gênero, em equivalência a homicídio simples ou qualificado, podendo, em alguns casos, ser entendido de forma ampla e abarcar situações de mortalidade materna evitável devido a aborto

---

<sup>4</sup>LAGARDE, Marcela. “**Feminicidio**”. Conferencia pronunciada en la Universidad de Oviedo, Maldonado, A. “Feminicidio en Guatemala”, en Red Chilena Contra la Violencia Tipificación del feminicidio en Chile. Un debate abierto 2008 Santiago de Chile.

<sup>5</sup>LAGARDE, Marcela. **Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres**. In: BULLEN, Margaret; MINTENGUI, Carmen Díez (coord.) Retos teóricos y nuevas prácticas. Ankulegi: España, 2008. p. 216.

<sup>6</sup>VÁSQUEZ, Patsilí Toledo. **Feminicidio**. Oficina em México Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México: Oficina em México Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009. p. 26.

inseguro, câncer e outras enfermidades não tratadas adequadamente, ou por desnutrição seletiva por gênero, existente em algumas culturas.

Nota-se que o “feminicídio” traz em seu conteúdo algo que ultrapassa o que significa o femicídio, pois a expressão feminicídio carrega a misoginia, ou seja, o ódio ou aversão pelas mulheres. Porém, ainda que se considere esse ponto de vista, a autora pondera que:

*En cualquier caso, [...], es importante tener en cuenta que tanto la aproximación más restrictiva (muertes violentas consecuencia de delitos) como la más amplia (muertes como resultado de discriminación de género que no constituyen delito) pueden traer aparejada la responsabilidad internacional del Estado en relación a sus obligaciones en materia de derechos humanos.<sup>7</sup>*

Diante destas discussões, é possível afirmar que, tanto femicídio quanto feminicídio são termos utilizados para referir a violência contra mulheres que resulta em suas mortes, muitas vezes até mesmo utilizados como equivalentes. No entanto, considerando a necessidade de situar esta questão dentro do campo jurídico e político, atribuindo ao Estado Democrático de Direito a responsabilidade de concretizar suas proposições constitucionais e tendo em vista a opção dos/as legisladores/as quando da formulação da legislação brasileira voltada a coibir a violência letal contra mulheres em razão do gênero, posiciona-se o presente estudo em consonância com as proposições desenvolvidas por Marcela Lagarde.

O conceito de feminicídio está atrelado à ideia de “genocídio de mulheres” derivado em virtude da própria condição de ser mulher. Com a propagação do termo e das ideias que contém, a categoria foi utilizada como suporte à elaboração de normas voltadas para coibir esta prática.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> VÁSQUEZ, Patsilí Toledo. **Femicídio**. Oficina em México Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México: Oficina em México Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009. p. 26.

<sup>8</sup> BIDASECA, Karina. Femicidio y políticas de la memoria. Exhalaciones sobre la abyección de la violencia. In: **Hegemonía cultural y políticas de la diferencia**. Colección Grupos de Trabajo. Buenos Aires: CLACSO, 2013. Disponível em [http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20130721011152/karina\\_bidaseca.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20130721011152/karina_bidaseca.pdf). Acesso em 23 set. 2019. p. 89.

Trata-se de uma categoria recente que ainda se encontra em construção, de modo que

*[...] el debate sobre estas dos expresiones se ha extendido, llegando incluso a los argumentos lingüísticos a favor y en contra de una u otra. Y si bien es posible observar una coexistencia relativamente pacífica de las voces femicidio y feminicidio en Latinoamérica, considerando al elemento impunidad – y por tanto, responsabilidad estatal – como principal diferenciador entre ambas, el cuestionamiento a la validez de una o otra expresión por parte de ciertas autoras dificultan hasta la actualidad la posibilidad de acercarse a un consenso en el plano teórico y político.<sup>9</sup>*

Ainda no intuito de identificar o fenômeno apontado Jane Caputi e Diane Russell caracterizam o feminicídio como o ápice/extremo de uma prática de terror continuada e antifeminina que inclui amplo espectro de abusos, os quais podem ser verbais ou físicos. As pesquisadoras exemplificam estes abusos como violação; tortura; escravidão sexual; prostituição e abuso sexual infantil intrafamiliar ou extrafamiliar; violência física ou emocional; assédio sexual em variados ambientes; mutilações genitais, operações ginecológicas desnecessárias como histerectomia gratuita; homossexualidade forçada, esterilização forçada e maternidade forçada em virtude da criminalização do aborto; psicocirurgia, negação de comida, cirurgias plásticas e outras mutilações realizadas em prol do embelezamento.<sup>10</sup>

Rita Laura Segato comenta acerca das referências utilizadas para as formulações expostas acima, nesse sentido discorre que

*La intención de las autoras así como de todos los linajes del feminismo que incorporaron la categoría era encomiable: desenmascarar el patriarcado como una institución que se sustenta en el control del cuerpo y la capacidad punitiva sobre las mujeres, y mostrar la dimensión política de todos los asesinatos de*

<sup>9</sup> VÁSQUEZ, Patsilí Toledo. **Femicidio**. Oficina em México Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México: Oficina em México Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009. p. 28.

<sup>10</sup> CAPUTI, Jane. RUSSELL, Diane. Femicide: Speaking the Unspeakable. In.: RUSSELL, Diana E. H. RADFORD, Jill. **Femicide: the politics of woman killing**. New York: Twayne Publishers, 1992. Disponível em [http://www.dianarussell.com/f/femicide\(small\).pdf](http://www.dianarussell.com/f/femicide(small).pdf). Acesso em 23 set. 2019. p. 15.

*mujeres que resultan de ese control y capacidad punitiva, sin excepción. La relevancia estratégica de la politización de todos los homicidios de mujeres en este sentido es indudable, pues enfatiza que resultan de un sistema en el cual poder y masculinidad son sinónimos e impregnan el ambiente social de misoginia: odio y desprecio por el cuerpo femenino y por los atributos asociados a la femineidad. En un medio dominado por la institución patriarcal, se atribuye menos valor a la vida de las mujeres y hay una propensión mayor a justificar los crímenes que padecen. Las autoras llegan a hablar de “terrorismo sexual” para indicar las formas de coacción que inhiben la libertad femenina y presionan a las mujeres para permanecer en el lugar asignado a su género en un orden patriarcal.<sup>11</sup>*

Assim, a origem da categoria, claramente se estabelece nos anos 90, buscando atribuir o caráter político ao terror sistêmico aplicado às mulheres por força da estrutura patriarcal institucionalizada que detém o poder de vida e de morte sobre os corpos femininos. A atribuição de valor menor às vidas femininas por suposto, está intimamente relacionada ao histórico de desvalorização das mulheres e sua objetificação em diversas culturas.<sup>12</sup>

Segato e Lagarde convergem, portanto, no entendimento de que a criação da categoria trata-se de estratégia para politizar estes homicídios no sentido de que deixem de ser considerados como casos isolados, dando assim, corpo a algo que sistematicamente é realizado, sem que com isso sejam percebidos como algo conexo a ponto de transformar estas mortes em uma problemática de gênero, ou em argumento para contestação da lógica patriarcal.

A categorização consiste assim no estabelecimento de limites entre a violência de gênero e outras formas de violência não relacionadas com o fato de ser mulher, pois ao destacar as suas peculiaridades passou a tipo específico da classificação geral de homicídio, trazendo para a mídia a ideia de que há crimes que só podem ser compreendidos quando pensados a

<sup>11</sup> SEGATO, Rita Laura. Que é un feminicídio. Notas para un debate emergente. **Série Antropología**. Brasil: 2006. Disponível em <[https://ascandongasdoquirombo.files.wordpress.com/2015/09/que-es-un-femicidio-femicidio-y-patriarcal-rita\\_segato.pdf](https://ascandongasdoquirombo.files.wordpress.com/2015/09/que-es-un-femicidio-femicidio-y-patriarcal-rita_segato.pdf)>. Acesso em 23 set. 2019. p. 3.

<sup>12</sup> MARQUES, Clarice Gonçalves Pires. **Direito e Feminilidade**: Direito e feminilidade: crítica ao discurso jurídico colonial na lei do feminicídio. Porto Alegre, RS: Editora FI, 2016. Disponível em [https://docs.wixstatic.com/ugd/48d206\\_3b77b163e30c4bcc8c3b35e86aa5f5c6.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/48d206_3b77b163e30c4bcc8c3b35e86aa5f5c6.pdf). Acesso em 23 set. 2019. p. 115-116.

partir de um contexto patriarcal, sendo colocados no patamar de crimes de ódio, tal qual racismo e homofobia.<sup>13</sup> O fundamento para a caracterização do feminicídio como crime de ódio está no fato de que

*Dentro de la teoría del feminicidio, el impulso de odio con relación a la mujer se explicó como consecuencia de la infracción femenina a las dos leyes del patriarcado: la norma del control o posesión sobre el cuerpo femenino y la norma de la superioridad masculina. Según estos dos principios, inspiradores de una variedad de análisis de corte feminista de crímenes contra las mujeres, **la reacción de odio se desata cuando la mujer ejerce autonomía en el uso de su cuerpo desacatando reglas de fidelidad o de celibato – la célebre categoría de “crímenes contra la honra” masculina – , o cuando la mujer accede a posiciones de autoridad o poder económico o político tradicionalmente ocupadas por hombres, desafiando el delicado equilibrio asimétrico. En estos casos, los análisis indican que la respuesta puede ser la agresión y su resultado la muerte. La intencionalidad de matar o simplemente herir o hacer sufrir no define diferencias: en esta perspectiva, a veces el feminicidio es un resultado no deliberadamente buscado por el agresor. En este sentido, los crímenes del patriarcado o feminicidios son, claramente, crímenes de poder, es decir, crímenes cuya dupla función es, en este modelo, simultáneamente, la re-tención o manutención, y la reproducción del poder.***<sup>14</sup>

O feminicídio enquanto exercício de poder possui algumas variações em sua tipologia, assim, cumpre dizer que há tipos como o feminicídio íntimo, familiar, infantil, por ocupações estigmatizadas, feminicídio sexual sistêmico desorganizado e feminicídio sexual sistêmico organizado.<sup>15</sup> Desta forma, a seguir analisa-se mais detalhadamente o perfil do feminicídio no Brasil, o qual distoa, por exemplo, do tipo que ocorre

---

<sup>13</sup> SEGATO, Rita Laura. Que és un feminicidio. Notas para un debate emergente. **Série Antropología**. Brasil: 2006. Disponível em <[https://ascandongasdoquirombo.files.wordpress.com/2015/09/que-es-un-feminicidio-feminicidio-y-patriarcado-rita\\_segato.pdf](https://ascandongasdoquirombo.files.wordpress.com/2015/09/que-es-un-feminicidio-feminicidio-y-patriarcado-rita_segato.pdf)>. Acesso em 23 set. 2019.

<sup>14</sup> SEGATO, Rita Laura. Que és un feminicidio. Notas para un debate emergente. **Série Antropología**. Brasil: 2006. Disponível em <[https://ascandongasdoquirombo.files.wordpress.com/2015/09/que-es-un-feminicidio-feminicidio-y-patriarcado-rita\\_segato.pdf](https://ascandongasdoquirombo.files.wordpress.com/2015/09/que-es-un-feminicidio-feminicidio-y-patriarcado-rita_segato.pdf)>. Acesso em 23 set. 2019. p. 4. Grifo nosso.

<sup>15</sup> ATENCIO, Graciela. **Feminicidio-Femicidio: um paradigma para el análisis de la violencia de género**. Femicidio.net, 2011. Disponível em <[https://femicidio.net/sites/default/files/seccion\\_feminicidio\\_paper\\_02.pdf](https://femicidio.net/sites/default/files/seccion_feminicidio_paper_02.pdf)>. Acesso em 23 set. 2019.

predominantemente no México, país em que a prevalência consiste no feminicídio sexual sistêmico organizado envolvendo sequestro, tortura, violação e descarte do cadáver, praticado por redes organizadas, com métodos específicos, de forma sistemática.

Neste tipo específico, o ódio pelas vítimas é secundário, pois embora haja a misoginia e o desprezo pela mulher de forma generalizada naquela região, as vítimas são produto de um ritual de pertencimento a grupos de homens membros de organizações criminosas, cujo principal propósito não é só exercer poder sobre os corpos femininos, mas sim reafirmar poder perante outros homens na organização criminosa.<sup>16</sup>

Conforme se observará a estrutura patriarcal brasileira se volta contra a autonomia da vontade das mulheres, posto que, diante da decisão de romper seus relacionamentos com os homens e/ou buscar relacionar-se com outras pessoas passam a correr o risco de morte, tendo, pelo que é possível depreender de estudos realizados no sentido de compreender as motivações dos assassinatos, um status de coisa, propriedade destes homens. Diante disso nota-se que estas mulheres não são consideradas como seres humanos, dotados de razão e de autonomia para decidir sobre suas vidas.

## 2. Feminicídio íntimo: quando a autonomia se torna *causa mortis*

Ao acompanhar os dados e informações sobre feminicídio no país, nota-se a prevalência de um tipo específico, qual seja o feminicídio íntimo, como resultante de uma rotina de violência sofrida pela mulher ou devido à violação das “normas do patriarcado” como explicitado anteriormente por Segato. Os crimes ocorrem quando essa mulher deseja deixar o agressor e seguir com sua vida, ou quando o trai, ou quando este se sente desrespeitado de alguma forma.

---

<sup>16</sup> SEGATO, Rita Laura. Território, soberania e crimes de segundo Estado: a escritura nos corpos das mulheres de Ciudad Juarez. **Revista de Estudos Feministas**. [online]. 2005, vol.13, n.2, pp. 265-285. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S0104-026X2005000200003&lng=en&nrm=iso&tng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0104-026X2005000200003&lng=en&nrm=iso&tng=pt)>. Acesso em 24 de setembro de 2019. p. 273; MARQUES, Clarice Gonçalves Pires. **Direito e Feminilidade: Crítica ao discurso jurídico colonial na lei do feminicídio**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. Disponível em: <<https://www.editorafi.org/090clarice>>. Acesso em 24 set. 2019. p. 123.



No entanto, uma pesquisa realizada em 2015 pela Secretaria de Reforma do Judiciário, vinculada ao Ministério da Justiça, analisou 34 processos judiciais de comarcas situadas na Bahia, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná, município de Santo André e região metropolitana de São Paulo. Os processos versavam sobre o assassinato de mulheres e o objetivo do estudo consistia em identificar as circunstâncias e causas das mortes, concluindo que:

Na maior parte do material analisado, alegações relativas a ciúmes ou sentimento de posse em relação à vítima e inconformismo com o término do relacionamento apareceram nos processos. “Se não for minha, não vai ser de mais ninguém” é uma frase que aparece em mais de um processo, atribuída ao autor do crime, e que exprime a ideia corriqueira de que a vontade da mulher de se separar deve sucumbir ao desejo do namorado, companheiro ou marido de manter o relacionamento. Não bastante, constata-se, nos discursos dos autores dos crimes, a expectativa de fidelidade dessa mulher, mesmo após a separação, já que o envolvimento posterior da mulher com outra pessoa foi apontado como motivo do crime.<sup>17</sup>

Os resultados acima indicam que a motivação para os assassinatos consiste basicamente na inconformidade do homem com a autonomia da vontade destas mulheres, envolvendo a decisão de romper o relacionamento; a supressão do direito de escolha da mulher; o sentimento de posse e o governo da vida; o fato de os sujeitos apontados estabelecerem uma vigilância para que as ex-companheiras/namoradas/esposas não se envolvessem em novos relacionamentos. Resta demonstrada a necessidade destes homens em exercer de poder sobre as vontades alheias. Nesse sentido:

Quer quando o homem desfruta de uma posição de poder no mundo do trabalho em relação à mulher, quer quando ocupa a função de marido, companheiro, namorado, cabe-lhe, segundo a ideologia dominante, a função

---

<sup>17</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. Disponível em <[http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao\\_femicidio.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_femicidio.pdf)>. Acesso em 24 set. 2019. p. 43-44.

de caçador. Deve perseguir o objeto de seu desejo, da mesma forma que o caçador persegue o animal que deseja matar. Para o poderoso macho importa, em primeiro lugar, seu próprio desejo. Comporta-se, pois, como sujeito desejante em busca de sua presa. Este é o objeto de seu desejo. Para o macho não importa que a mulher objeto de seu desejo não seja sujeito desejante. Basta que consinta em ser usada enquanto objeto.<sup>18</sup>

O feminicídio íntimo é uma espécie que pressupõe proximidade entre a mulher e seu assassino, em que o resultado morte é desfecho muitas vezes de uma rotina de violência doméstica e relacionamentos abusivos, nos quais o exercício de poder é a constante. Com isso, restam muitos questionamentos e, dentre eles, como se chegou a este estado de coisas. Não é fácil equacionar os motivos que culturais, sociais e psíquicos que fazem com que estes homens se sintam proprietários destas mulheres e exercendo, como déspotas, o poder de vida ou de morte sobre elas, porém pode-se explorar alguns fatores de contribuição para que tal fenômeno ocorra.

Com isso, há que se discutir sobre os aspectos tributários da ciência jurídica no delineamento deste fenômeno, não como causa absoluta, mas como partícipe da manutenção de um sistema social que coisifica as mulheres. Observe-se que, por muitas vezes, na trajetória histórica do Direito, e aqui notadamente trazendo o recorte para o Direito brasileiro, as leis do patriarcado foram legitimadas e perpetuadas pelas legislações e decisões judiciais proferidas no país. A fim de se ilustrar o que se afirma acima, apresenta-se um breve histórico desta legitimação da violência contra as mulheres a seguir.

### **3. Apontamentos sobre a legislação brasileira como violadora dos direitos femininos**

O Direito traz em sua trajetória as marcas de dominação e objetificação feminina desde tempos remotos. A fim de ilustrar a afirmação em questão comenta-se acerca de sua raiz patrimonialista, a qual remonta aos

---

<sup>18</sup> SAFFIOTI, Heleith I. B. **O Poder do Macho**. São Paulo: Moderna, 1987. p. 18.

primeiros regulamentos tinham como objeto animais, escravos e mulheres. Com referência a isso menciona-se a Lei das XII tábuas, criada por volta de 450 a. C., legislação que compunha o núcleo da legislação romana (uma das influências do direito brasileiro), e que, dentre suas disposições mencionava “coisas” que poderiam ser apropriadas pelo *usus*, através da prescrição aquisitiva, assim nominada como usucapião:

[...] V – As terras serão adquiridas por Usucapião depois de dois anos de posse; as coisas móveis depois de um ano. VI – A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem, como se fora sua esposa, é adquirida por esse homem e cai sob o seu poder (*manus*), salvo se se ausentar da casa por três noites (*trinoctium*).<sup>19</sup>

A partir de um pequeno exercício hermenêutico é possível identificar a mulher equiparada a “coisa móvel”, ou seja, algo passível de ser apropriado pelo homem e, assim sendo, como coisa apropriada/adquirida é objeto sobre o qual recai o poder de determinado homem, ou seja, dela pode-se fazer o que bem entender, considerando-se todos os significados que se atribui à palavra coisa. Miguel Maria de Serpa Lopes<sup>20</sup> e Maria Helena Diniz<sup>21</sup> referem em suas obras que a modalidade de usucapião ressaltada se tratava de uma espécie de matrimônio.

No contexto brasileiro, várias normas legitimaram a violência institucionalizada com relação às mulheres, desde o tempo do império mantendo-se como algo que não se modificou com a Constituição Republicana de 1891, pois a lei fundamental que poderia ser esperança para instituir algum avanço que refletisse no estatuto social, limitou-se a negar o direito à cidadania para as mulheres, as quais não participavam do sufrágio universal devido à interpretação restritiva da norma.<sup>22</sup> Importa

<sup>19</sup> SEGURADO, Milton Duarte. **Introdução ao Direito Romano**. Campinas, SP: Ed. Mizuno, 2002. p. 181.

<sup>20</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 6.

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.4.

<sup>22</sup> GOMES, Renata Raupp. Os “Novos” Direitos na Perspectiva Feminina: a Constitucionalização dos Direitos das Mulheres. In.: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.) **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71-97.

dizer que o afastamento das instâncias político-decisórias resulta até os dias atuais uma crise de representatividade feminina nestes espaços de poder, os quais são predominantemente masculinos.

Renata Raupp Gomes<sup>23</sup> resgata a postura discriminatória adotada pelo Código Civil de 1916, o qual estabelecia a relatividade da capacidade jurídica da mulher casada, estando elencada junto aos menores púberes, silvícolas e pródigos, reforçando a condição de desigualdade já mencionada em relação aos homens. Note-se:

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

- I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
- II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III. Os pródigos.
- IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.<sup>24</sup>

Além destes, outros tantos dispositivos do referido Código instituíam o patriarcado como regra na sociedade brasileira, reafirmando o poder masculino e relegando à condição de subalternidade as mulheres da época. O referido diploma legal contava com um capítulo destinado aos “Direitos e Deveres do Marido” e outro aos “Direitos e Deveres da Mulher”.

Assim, o marido era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe o sustento da família, o gerenciamento dos bens (seus e da mulher), a representação legal da família, o direito de fixar seu domicílio e o direito de autorizar a mulher a trabalhar, ou seja, o acesso ao mercado de trabalho dependia da autorização do marido, demonstrando o total cerceamento de liberdade nesse sentido. Observe-se o art. 242 do Código de 1916:

---

<sup>23</sup> GOMES, Renata Raupp. Os “Novos” Direitos na Perspectiva Feminina: a Constitucionalização dos Direitos das Mulheres. In.: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.) **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71-97.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 25 set. 2019.

- Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):
- I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235).
  - II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, no II, III, VIII, 269, 275 e 310).
  - III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra.
  - IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.
  - V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.
  - VI. Litigar em juízo civil ou comercial, anão ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.
  - VII. Exercer profissão (art. 233, no IV).
  - VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.
  - IX. Aceitar mandato (art. 1.299). (Incluído pelo Decreto do Poder Legislativo no 3.725, de 1919).<sup>25</sup>

Além disso, existiram outros aspectos perversos na história da legislação brasileira, relativos à esfera penal, que perpetuaram a violência contra as mulheres e validavam a justificativa de “matar por amor”. A defesa da “honra do marido traído”, era explicada juridicamente pela privação de sentidos em face da descoberta do adultério, em nome do sentimento de rejeição diante do desejo da mulher em abandonar o cônjuge para buscar um novo relacionamento ou apenas diante do desejo de viver sem a sua companhia, sendo, nestes casos, era permitido/desculpado o assassinato da mulher.<sup>26</sup>

No Brasil, sob o pretexto do adultério, o assassinato de mulheres era legítimo antes da República. Koerner mostra que a relação sexual da mulher, fora do casamento, constituía adultério – o que pelo livro V das Ordenações Filipinas permitia que o marido matasse a ambos. O Código Criminal de 1830 atenuava o homicídio praticado pelo marido quando houvesse adultério. Observe-se que, se o marido mantivesse relação constante com outra mulher, esta situação constituía concubinato e não adultério.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 25 set. de 2019.

<sup>26</sup> BLAY, Eva Alterman. Violência contra a mulher e políticas públicas. **Estud. av.**, São Paulo, v. 17, n. 49, Dec. 2003. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So103-40142003000300006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-40142003000300006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 27 set. 2019.

<sup>27</sup> BLAY, Eva Alterman. Violência contra a mulher e políticas públicas. **Estud. av.**, São Paulo, v. 17, n. 49, Dec. 2003. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So103-40142003000300006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-40142003000300006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 27 set. 2019. p. 87.

Dentre estas evidentes distorções, destaca-se o artigo 215 (estabelecia pena para quem tivesse conjunção carnal com mulher “honesta”, mediante fraude) e 216 (estabelecia pena para quem induzisse mulher “honesta”, mediante fraude, a praticar ou submeter a mesma à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal) do Código Penal de 1940, cuja redação só foi modificada no ano de 2005. Observe-se que tal adjetivação estabelece “categorias” de mulheres que seriam ou não protegidas pelo dispositivo legal, na medida em que estivessem enquadradas dentro deste conceito permeado de indeterminação.

Como exemplo, aponta-se também a concessão de excludentes de punibilidade para casos em que violadores sexuais se casassem com suas vítimas. Perceba-se que este tipo de extinção de punibilidade esteve em vigência no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940), em seu artigo 107, VII, até o ano de 2005, quando foi suprimida pelo advento da Lei 11.106/2005.

A partir destes exemplos já é possível demonstrar a forma com que a ciência jurídica/Direito contribuiu para a perpetuação da subalternidade feminina. Ademais, o que dizer sobre o esforço acadêmico no sentido de ensinar os jovens advogados a macular a imagem das vítimas a fim de desqualificá-las, colocando a opinião pública a favor dos agressores, a partir da preparação de suas defesas. Cite-se o livro do jurista Evandro Lins e Silva, “A defesa tem palavra”, no qual utiliza como modelo didático para jovens advogados a defesa que preparou para Doca Street, assassino de Angela Diniz, caso emblemático de 1976, absolvido em um primeiro julgamento.<sup>28</sup>

O caso referido mobilizou a opinião pública na época. A vítima foi assassinada porque desejava separar-se do agressor (lugar comum ainda nos dias de hoje, pois centenas de mulheres são assassinadas pelo mesmo motivo todos os anos). Porém, Doca, réu confesso do assassinato de Angela, foi absolvido em um primeiro julgamento ocorrido em 1979. A

---

<sup>28</sup> BLAY, Eva Alterman. Violência contra a mulher e políticas públicas. *Estud. av.*, São Paulo, v. 17, n. 49, Dec. 2003. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142003000300006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 27 set. de 2019.

promotória recorreu da sentença e um novo julgamento ocorreu em 1981, sendo condenado a 15 anos de prisão em regime fechado.

Seguindo, com a coleção jurídica de invisibilização dos direitos femininos recorda-se que as mulheres permaneceram cerceadas em uma série de direitos, obtendo aqui e ali pequenos avanços, como o direito ao voto, conquistado na CF de 1934 e algumas garantias trabalhistas até a década de 1960, com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei no 4121/62), momento em que foram afastadas normas acerca de deveres como esposa e mãe, bem como a incapacidade relativa.<sup>29</sup> As mulheres adquiriram o direito de trabalhar sem a exigência de autorização do marido, a conquista do espaço público de forma mais acentuada não foi o suficiente pois:

São as mulheres que carregam o maior peso da pobreza; e quando têm sua presença tolerada, pela modernidade no mercado de trabalho, continuam responsáveis pelo ambiente doméstico. Assim, tem-se a intolerância mascarada de tolerância com o claro propósito de mais uma vez ressaltar a superioridade masculina, quem tolera não aceita, nem respeita o valor do outro, é sim “generoso” para com suas imperfeições, sutilmente reafirmando sua inferioridade. A mudança nas relações domésticas foi no sentido de ajudar a dividir as despesas do lar, as mulheres aos poucos passavam à vida pública, mal remunerada e explorada, porém, sempre com a submissão no âmbito privado em relação ao macho dominante, ou seja, dupla submissão [...].<sup>30</sup>

Os movimentos feministas ganham espaço e se organizam politicamente, nas décadas de 1960 e 1970, obtendo uma série de pequenas conquistas, tornando a questão de gênero em uma questão de Direitos Humanos, de modo que os avanços obtidos em âmbito internacional se refletiram também no Direito interno brasileiro, uma vez que por ocasião da Constituição de 1988, igualdade formal passa a tomar corpo. Todavia, as mulheres seguem pagando um alto preço por sua inserção no espaço

---

<sup>29</sup> GOMES, Renata Raupp. Os “Novos” Direitos na Perspectiva Feminina: a Constitucionalização dos Direitos das Mulheres. In.: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.) **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71-97.

<sup>30</sup> SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LEAL, Jackson da Silva. Desvelar da Feminilidade – a construção da alteridade. In.: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n.11, p. 224-243, jan./jun. 2012. p.65.

público, dominado politicamente e culturalmente pela lógica patriarcal. É inegável que diante de condições historicamente e juridicamente estruturadas a opressão à feminilidade se mantém ainda que ocorra avanços nas normas brasileiras. A questão primordial é: como operar a desconstrução de uma carga tão pesada atribuída às mulheres? Embora as mulheres sejam a maioria numérica, permanecem ainda como minoria política e, mesmo quando ascendem à posições de destaque, são colocadas à prova em relação à suas capacidades. Constata-se que, evidentemente houve uma negação da condição de humanidade às mulheres no Direito brasileiro, algo que será repercutido a seguir.

#### **4 A fórmula da humanidade kantiana e a imposição da condição de não humanidade às mulheres brasileiras na história do direito brasileiro**

Tendo em vista os argumentos articulados até este tópico, é possível relacionar a conexão dos altos índices de feminicídios íntimos (prevalentes no país) com o histórico do Direito brasileiro. A reflexão que se estabelece acerca de tal fenômeno se encaminha no sentido de afirmar que os exemplos citados, os quais compuseram a trajetória jurídica comentada demonstram o desencontro/descompasso com a Fórmula da Humanidade proposta por Immanuel Kant - Filósofo do Século XVIII que coloca a razão humana como força motriz de seus atos<sup>31</sup> -, bem como alheia ao seu imperativo categórico. Conforme explicita Vicente de Paulo Barretto:

A contribuição kantiana para a reflexão sobre o estado democrático de direito, caracteriza-se pela ênfase na necessária complementaridade entre a moral e o direito, como condição de institucionalização dessa forma de regime político. A relação entre essas duas ordens normativas assume função destacada no quadro do estado contemporâneo porque em função delas é que se pode estabelecer o argumento legitimador do sistema democrático. A leitura das constituições do estado democrático de direito torna-se, assim, necessariamente diferenciada em virtude da fonte moral de onde nasce o sistema

---

<sup>31</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 41-62.



político-institucional e jurídico. A constituição pode ter uma fonte moral, pois é fruto da manifestação da vontade de agentes morais autônomos, estabelece limites ao arbítrio e à desigualdade social.<sup>32</sup>

A partir disso, considera-se fundamental indicar o que significa a moralidade para Kant, a fim de não recair no senso comum dos significados atribuídos a esta palavra. Note-se que dentro da noção aqui pretendida a moralidade assume um caráter relacionado com a autonomia da vontade. Dessa forma “a ação que possa concordar com a autonomia da vontade é permitida; a que não concordar com ela é proibida. A vontade cujas máximas concordem necessariamente com as leis da autonomia é uma vontade santa, absolutamente boa.”<sup>33</sup> Para Kant autonomia da vontade está relacionada com a liberdade e a pessoa só é livre e autônoma quando age em oposição aos seus desejos e necessidades.<sup>34</sup>

Existe um contraponto da autonomia é a heteronomia, a qual é exatamente este movimento de agir conforme a necessidade e o desejo, algo que pode ser visualizado nos casos levantados acerca do Direito brasileiro com relação às mulheres, pois as excusas aos atos dos homens fundamentadas na necessidade, desejo, violenta emoção violam completamente as máximas kantianas. Dessa forma, a prática de uma ação moral circula necessariamente pelo uso da razão na prática dos atos, com a consequente adoção de um dever de agir conforme o imperativo categórico.

Assim, o filósofo coloca como imperativo categórico a seguinte proposição “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”<sup>35</sup> sendo que o conteúdo da Fórmula da Humanidade, como imperativo prático dispõe o comando “age de tal maneira

---

<sup>32</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 41.

<sup>33</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 70.

<sup>34</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002; SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa?* Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

<sup>35</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 51.

que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”<sup>36</sup> Basicamente Kant indica que os seres humanos possuem valor em si mesmos e portanto não podem ser equiparados à existência dotada de valor condicional, a qual poderia sim se utilizada como meios, existência que atribui às coisas e não a pessoas.

Michael Rosen comenta que dentro da doutrina moral de Kant, os seres irracionais possuem valor relativo como meios e por isso são chamados de coisas enquanto que os seres racionais se chamam de pessoa porque a natureza os distingue como fins em si mesmos, e o fato de serem fins em si mesmos limita o arbítrio, pois possuem valor absoluto, são objetos de respeito e fundamento de leis determinadas.<sup>37</sup>

É neste ponto que se ressalta o total desencontro da teoria moral kantiana das normas brasileiras mencionadas, posto que negam, evidentemente a condição humana às mulheres tratando-as como meio, a mercê do arbítrio dos homens, estando estes dotados do poder sobre a vida e a morte das mesmas. Verifica-se notadamente o cerceamento de sua liberdade, uma vez que tais regulamentos limitaram sobremaneira a autonomia da vontade feminina, relegando-as ao papel de seres irracionais, incapazes de exercer sua autodeterminação. Obviamente um tema tão complexo precisa, ainda ser melhor desenvolvido, no entanto, dentro da problemática que se colocou para o presente estudo, demonstra-se o descompasso ventilado, e encaminha-se para a percepção de que este histórico do Direito brasileiro e a negação da humanidade até então imposta às mulheres deixou marcas na cultura, no senso comum, na sociedade, no imaginário popular, enfim, em várias instâncias que podem ser investigadas, resultando no alarmante quadro de violência, inclusive letal, experimentado pelas mulheres brasileiras.

---

<sup>36</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 59.

<sup>37</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade: sua história e significado**. Trad. André Godoy Vieira. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2015. p. 88.

## Considerações finais

O presente estudo estabeleceu algumas relações entre o fenômeno do feminicídio no país, considerando seus altos índices, e os desencontros do Direito brasileiro com a Fórmula da Humanidade elaborada por Immanuel Kant, demonstrando com isso a negação da condição de humanidade às mulheres consolidada no histórico legal apresentado. Se supõe, a partir das questões levantadas, que este histórico tenha contribuído para o delineamento do tipo de feminicídio prevalente no país, qual seja, o feminicídio íntimo.

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que por muito tempo o Direito legitimou a violência contra as mulheres, violando a sua dignidade e cerceando sua autonomia. Esta violência está radicada na construção cultural e simbólica deste povo. Na medida em que se busca coibir as manifestações de poder que envolvem a destruição deste outro, que é um outro feminino e que busca se libertar, o Direito sozinho, nos moldes atuais, não tem condições de atender a estas demandas, pois é preciso rever, discutir e referenciar seu aspecto tributário com relação à institucionalização da violência e a seletividade da humanidade com relação às mulheres.

Tais questões precisam ser trazidas à consciência, debatidas, enunciadas e ressignificadas a fim de rever e transformar os aspectos da violência institucionalizada. Nota-se a necessidade de construção de políticas públicas que tenham por escopo rediscutir as desigualdades de poder entre homens e mulheres que acarretam o quadro de violência mencionado.

Verifica-se a urgência na adoção de uma postura Estatal, no sentido de implementar uma política governamental de redução de violência levando em consideração, talvez, o imperativo categórico e a Fórmula da Humanidade elaborada por Kant em favor das mulheres, com vistas a concretizar os propósitos estabelecidos na constituição federal democrática de 1988 efetivamente.

## Referências

- ATENCIO, Graciela. **Feminicidio-Femicidio: um paradigma para el análisis de la violencia de género.** Femicidio.net, 2011. Disponível em <[https://femicidio.net/sites/default/files/seccion\\_femicidio\\_paper\\_02.pdf](https://femicidio.net/sites/default/files/seccion_femicidio_paper_02.pdf)>. Acesso em 23 de setembro de 2019.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- BIDASECA, Karina. Feminicidio y políticas de la memoria. Exhalaciones sobre la abyección de la violencia. In: **Hegemonía cultural y políticas de la diferencia.** Colección Grupos de Trabajo. Buenos Aires: CLACSO, 2013. Disponível em [http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20130721011152/karina\\_bidaseca.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20130721011152/karina_bidaseca.pdf). Acesso em 23 de setembro de 2019. p. 89.
- CAPUTI, Jane. RUSSELL, Diane. Femicide: Speaking the Unspeakable. In.: RUSSELL, Diana E. H. RADFORD, Jill. **Feminicide: the politics of woman killing.** New York: Twayne Publishers, 1992. Disponível em [http://www.dianarussell.com/f/femicide\(small\).pdf](http://www.dianarussell.com/f/femicide(small).pdf). Acesso em 23 de setembro de 2019. p. 15.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas.** 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.4.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos.** Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LAGARDE, Marcela. “Feminicidio”. Conferencia pronunciada em la Universidad de Oviedo, Maldonado, A. **“Feminicidio en Guatemala”, en Red Chilena Contra la Violencia Tipificación del femicidio en Chile.** Un debate abierto 2008 Santiago de Chile.
- LAGARDE, Marcela. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. In: BULLEN, Margaret; MINTENGUI, Carmen Diez (coord.) **Retos teóricos y nuevas prácticas.** Ankulegi: España, 2008. p. 216.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 6.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. Disponível em <[http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao\\_feminicidio.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_feminicidio.pdf)>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

MARQUES, Clarice Gonçalves Pires. **Direito e Feminilidade: Direito e feminilidade: crítica ao discurso jurídico colonial na lei do feminicídio**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. Disponível em [https://docs.wixstatic.com/ugd/48d206\\_3b77b163e30c4bcc8c3b35e86aa5f5c6.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/48d206_3b77b163e30c4bcc8c3b35e86aa5f5c6.pdf). Acesso em 23 de setembro de 2019. p. 115-116.

ONU BRASIL. **ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução**. Nações unidas, p.01, 2016. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

ROSEN, Michael. **Dignidade: sua história e significado**. Trad. André Godoy Vieira. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2015.

SAFFIOTI, Heleith I. B. **O Poder do Macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SEGATO, Rita Laura. **Que és un feminicídio. Notas para un debate emergente**. Série Antropologia. Brasil: 2006. Disponível em <[https://ascandongasdoquirombo.files.wordpress.com/2015/09/que-es-un-feminicidio-feminicidio-y-patriarcado-rita\\_segato.pdf](https://ascandongasdoquirombo.files.wordpress.com/2015/09/que-es-un-feminicidio-feminicidio-y-patriarcado-rita_segato.pdf)>. Acesso em 23 de setembro de 2019. p. 4. Grifo nosso.

SEGATO, Rita Laura. Território, soberania e crimes de segundo Estado: a escritura nos corpos das mulheres de Ciudad Juarez. **Revista de Estudos Feministas**. [online]. 2005, vol.13, n.2, pp. 265-285. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S0104-026X2005000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0104-026X2005000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

SEGURADO, Milton Duarte. **Introdução ao Direito Romano**. Campinas, SP: Ed. Mizuno, 2002.

VÁSQUEZ, Patsilí Toledo. **Feminicídio**. Oficina em México Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México: Oficina em México Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009. p. 26.



## **Retomadas indígenas sob uma perspectiva descolonial: contribuições para uma fundamentação “outra” do direito à terra e ao território**

*Dailor Sartori Junior*<sup>1</sup>

### **1. Introdução**

Seguindo o ciclo de reformas constitucionais latino-americanas que demarcaram um paradigma constitucionalista pluricultural em relação à questão indígena<sup>2</sup>, a Constituição Federal de 1988 significou a superação do regime integracionista e tutelar, pois reconheceu o direito à diferença e a titularidade de direitos coletivos (art. 231), e definiu que os povos indígenas possuem legitimidade para defender seus interesses em nome próprio (art. 232).

Em relação aos direitos territoriais, por mais que a previsão de demarcação existisse desde a Constituição de 1934, o novo diploma deu contornos inéditos à matéria: critérios antropológicos como territorialidades e cosmologias se sobrepuseram aos conceitos civilistas de propriedade para fundamentar a demarcação de terras indígenas nos limites adequados à reprodução física e cultural destes grupos, superando o confinamento em

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com bolsa CAPES/PROEX. Mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Pesquisador do Núcleo de Direitos Humanos da Unisinos e advogado membro da Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares – RENAP.

<sup>2</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista**: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). *El Derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 142.

reservas que marcou a prática anterior. Ainda, houve a consolidação da originariedade do direito – e, portanto, da antiga Teoria do Indigenato –, resultando na anulação de qualquer título incidente sobre a área.

Este quadro normativo relativamente avançado é fruto de organização política de comunidades indígenas diversas entre si, mas que concordaram nos anos 70 que a pauta territorial e a retomada dos seus territórios perdidos era essencial para sua própria sobrevivência enquanto povos.

Ocorre que o Estado Brasileiro não foi capaz de cumprir a contento o mandamento constitucional da demarcação dos territórios tradicionais, existindo ainda diversos acampamentos em beira de estrada, esbulhos e violência contra lideranças e comunidades. Ainda pior: vive-se em 2019 um grave período de retrocessos da questão indigenista, com práticas institucionais que beiram o combate à pauta e não a mera omissão. Neste sentido, como já observou a ONU e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a privação ao território tradicional é a principal causa geradora da violação de outros direitos<sup>3</sup>.

Por conta disso, as chamadas retomadas indígenas de seus territórios tradicionais, iniciadas nos anos 70, ainda constituem importante forma de reivindicação e pressão pela demarcação de terras indígenas. Mas é possível entendê-las para além de serem repertórios de ação visando fins práticos e a garantia de direitos? É possível pensarmos as retomadas como atos que extrapolam uma discussão jurídica de posse e propriedade, uma vez que colocam em disputa epistemes e visões de mundo diametralmente opostas?

Considerando a ideia de *colonialidade do poder* como a face oculta, mas essencial para a constituição da modernidade, e como processo de classificação social e de divisão do trabalho no capitalismo, com origens na

---

<sup>3</sup> Em visita ao Brasil em 2016, a Relatora Especial das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, afirmou que a situação atual de violência contra indígenas no país é “preocupante”. Sua “Declaração de fim de missão” relacionou assassinatos e vulnerabilidade à retrocessos como a PEC nº 215/2000, a tese do marco temporal, a interrupção das demarcações e os megaprojetos com impactos negativos. No mesmo sentido as conclusões da comitiva da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que esteve no Brasil em novembro de 2018.



conquista da América, pensadoras e pensadores locais desenvolveram categorias teóricas que criticam a estruturação das sociedades latino-americanas locais a partir das experiências coloniais. Tal processo reflete-se ainda hoje na hierarquização racial dos sujeitos, na construção do “outro” como inferior e na produção e validação de conhecimentos eurocêntricos sobre os locais.

Mas, se a colonialidade possui tais características, a opção *descolonial* pressupõe a desconstrução desta matriz de poder a partir de uma atitude chamada de *desobediência epistêmica*, tendo como norte projetos *interculturais*. Estas características, ao menos preliminarmente, podem ser discutidas a partir das experiências de retomadas indígenas, cujo potencial é influenciar a forma como sociedade e Estado percebem e promovem os direitos territoriais indígenas constitucionalmente garantidos.

## **2. Territorialidades, processos de desterritorialização e atuais retrocessos da questão indígena**

A grande diversidade sociocultural dos povos e comunidades do Brasil, cujas subjetividades e saberes restaram classificados e invisibilizados pela colonialidade, também se reflete em uma extraordinária diversidade fundiária, ou seja, em modos distintos das populações se relacionarem com o espaço que ocupam<sup>4</sup>.

A forma tradicional de ocupação espacial dos povos indígenas e também das comunidades tradicionais, portanto, não pode ser analisada através da noção moderna e capitalista de apropriação do espaço como propriedade privada. Para se compreender como os povos indígenas se apropriam do território e nele se organizam espacialmente, é preciso se desprender de categorias de representação territorial eurocêntricas.

As produções do que se entende por subjetividade, dentro das culturas indígenas, se dão de forma indissociável da experiência com a terra,

---

<sup>4</sup> LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. *Anuário Antropológico (2002-2003)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 251.

que “[...] não é amorfa e destituída de alma como os urbanos a imaginam. Ela é algo vivo e pulsante”<sup>5</sup>. Assim, em termos gerais, o território é considerado como condição para a reprodução da vida, mas não no sentido de um bem material ou fator de produção: território “[...] é o conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva.”<sup>6</sup>.

É por este motivo que a “[...] territorialidade indígena não tem nada a ver com soberania política, jurídica e militar sobre um espaço territorial, como existe em um Estado soberano. Tem a ver com um espaço sociocultural necessário para se viver individual e coletivamente”<sup>7</sup>. Beltrão, de modo semelhante, conceitua território tradicional da seguinte forma:

[...] base sócio-espacial que, tradicionalmente, pertence a um grupo étnico e com a qual os membros do referido grupo mantêm laços de pertença e a partir dela se expressam cultural e socialmente retirando ou não deste território tudo, parte ou muito pouco do que é necessário para sua sobrevivência, dada a situação “colonial”. A relação de pertença ao território não é necessariamente empírica, pois alguns grupos perderam a base física em função do alargamento das fronteiras nacionais.<sup>8</sup>.

Se “terra indígena” diz respeito ao processo político-jurídico de delimitação espacial conduzido pelo Estado, ou seja, se é uma unidade territorial definida juridicamente por um procedimento administrativo sob diversos interesses políticos e relações de poder, e se o “território” remete à construção e à vivência, variável culturalmente, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial, conclui-se que são noções muito distintas.

Exemplo concreto é a noção ampla de território dos guaranis, tanto os Mbyá do Rio Grande do Sul, quanto os Kaiowá do Centro-Oeste. Esta

<sup>5</sup> RODRIGUES, Renan Albuquerque. Sofrimento Mental de Indígenas na Amazônia, p.110. Disponível em: <[www.periodicos.ufam.edu.br/index.php/relem/article/view/785/pdf](http://www.periodicos.ufam.edu.br/index.php/relem/article/view/785/pdf)>. Acesso em: 14.10.2019.

<sup>6</sup> LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil hoje. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006, p. 101.

<sup>7</sup> Idem, p. 103.

<sup>8</sup> BELTRÃO, Jane F. Território, terra e tradição segundo os Tembê Tenetehara em Santa Maria no Pará. In: **Anais do VIII Congresso Nacional de Pesquisadores(as) Negros(as)**. Belém, ABPN/Paka-Tatu, 2014.

noção é imbricada de sentidos e sem correspondência direta com o conceito de terra indígena, cujo termo *tekoha* é recorrente nas etnografias e manifestos indígenas de retomadas:

Antes de tudo, é fundamental compreender a definição de *tekoha* guas. *Tekoha*, na visão indígena, significa um espaço territorial de domínio específico, muitas vezes, de uma liderança de uma família extensa (*tey'i*). O termo *teko* significa o modo de ser e viver guarani e *kaiowá*; *ha* é definido como o lugar exclusivo on-de a família grande pode realizar seu modo de ser – *teko*. A expressão *guas* significa grande e amplo. Assim, *tekoha* *guas* é um espaço territorial muito mais amplo e de uso de várias famílias extensas e de várias lideranças religiosas e políticas. *Tekoha* *guas* poderia ser entendido então como uma rede de *tekoha* que inclui diversos espaços compartilhados de caça, de pesca, de coleta, de habitação, de ritual religioso e festivo, constituindo-se como o palco das relações intercomunitárias.<sup>9</sup>

Neste sentido, políticas territoriais conduzidas pelo Estado desde o período colonial são cruciais para a definição das demandas atuais dos povos e movimentos indígenas por território. Séculos de políticas de escravidão, catequização e aculturação significaram na dimensão territorial a expulsão dos índios de seus territórios. Como consequência, diversos grupos étnicos foram forçados a migrar e se dispersar para sobreviver, modificando muitos aspectos de sua vida social. Essa reorganização social forçada é definida por Pacheco de Oliveira como “processos de territorialização”, pelo qual uma comunidade indígena:

[...] vem a se transformar em uma coletividade organizada, formulando uma identidade própria, instituindo mecanismos de tomada de decisão e de representação, e reestruturando as suas formas culturais (inclusive as que o relacionam com o meio ambiente e com o universo religioso) [...]. As afinidades culturais ou lingüísticas, bem como os vínculos afetivos e históricos porventura existentes entre os membros dessa unidade político-administrativa (arbitrária e circunstancial), serão retrabalhados pelos próprios sujeitos

---

<sup>9</sup> BENITES, Tonico. Trajetória de luta árdua da articulação das lideranças Guarani e Kaiowá para recuperar os seus territórios tradicionais *tekoha* *guas*. *Revista de Antropologia*, São Carlos: UFSCar, v. 4, n. 2, p.165-174, 2012, p. 166.

em um contexto histórico determinado e contrastados com características atribuídas aos membros de outras unidades, deflagrando um processo de reorganização sociocultural de amplas proporções.<sup>10</sup>

É possível afirmar, portanto, de maneira enfática e sintética que somente quando estão em seus territórios os povos indígenas encontram meios para sua sobrevivência física e cultural alcançando as condições dignas necessárias para o desenvolvimento de suas vidas. Ademais, levando-se em consideração a importância do território nas cosmologias indígenas, na medida em que esta é inerente ao seu ser, o ato de privá-los dela acarreta graves violações de direitos humanos. Neste sentido, o entendimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos é de que quando as comunidades indígenas estão longe de suas terras, o direito à vida passa a ser ameaçado, pois ficam expostas à pobreza e à vulnerabilidade social<sup>11</sup>.

Contudo, o ano de 2019 tem marcado no Brasil graves retrocessos político-normativos que colocam em xeque os parcos avanços do paradigma constitucional e distanciam ainda mais as compreensões indígenas e não indígenas sobre o território, afetando o direito à vida destes grupos. Na atuação do Poder Judiciário, destaca-se a criação da tese do “marco temporal da ocupação”, lançada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em 2009, no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, demarcada no Estado de Roraima. A tese afirma que o direito a uma terra indígena só deve ser reconhecido nos casos em que a área se encontrava tradicionalmente ocupada na data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988, a menos que se comprove que os índios tenham sido

<sup>10</sup> PACHECO DE OLIVEIRA, João. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Mana*, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 1, p. 47-77, 1998, p. 56.

<sup>11</sup> Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni VS Nicarágua, Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa VS Paraguai, Caso Yatama VS Nicarágua, Caso do Povo Saramana VS Suriname, Caso Chitay Nech e outros VS Guatemala, Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek VS Paraguai, Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS Equador. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>>. Acesso em: 25.09.2019.

impedidos de ocupá-la por “renitente esbulho”, ou seja, porque tenham sido expulsos e em 1988 estivessem impedidos de retornar ao território.

Além da evidente inconstitucionalidade, a tese afirma uma colonialidade epistêmica, pois impõe a interpretação dos direitos indígenas de forma marcadamente civilista, em prejuízo deles, ignorando que o atual paradigma pluriétnico exige a consideração de outras cosmologias e territorialidades na concretização dos direitos<sup>12</sup>.

No plano de medidas legislativas, o Conselho Indigenista Missionário publicou o material “Congresso anti-indígena”, mapeando os principais parlamentares e medidas que tramitam em busca da flexibilização das normas indigenistas. Foram identificadas 33 proposições anti-indígenas, das quais 17 buscam a alteração nos processos de demarcações de Terras Indígenas e 13 buscam a exploração de recursos naturais em Terras Indígenas, Áreas e Parques de Conservação<sup>13</sup>.

Por fim, em relação ao Poder Executivo, 2019 tem sido um ano ainda pior na relação do governo com os povos indígenas: enfraquecimento e corte de 50% do orçamento da FUNAI, paralisação das demarcações, tentativa de transferência da demarcação para o Ministério “rival” da Agricultura, adoção do marco temporal como política oficial, através do Parecer nº 01/2017 da AGU e, sobretudo, toda a retórica de agentes públicos frontalmente contrárias aos direitos indígenas, como se fosse uma questão de escolha aplica-los. O atual Presidente da República, quando em campanha, emitiu inúmeras declarações de que a pauta indígena por demarcação não deveria apenas ser deixada de lado, mas combatida<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: uma crítica à tese do “marco temporal da ocupação”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 198.

<sup>13</sup> CIMI. Congresso **Anti-Indígena**: Os parlamentares que mais atuaram contra os direitos dos povos indígenas. Conselho Indigenista Missionário, 2018.

<sup>14</sup> Algumas declarações recentes do candidato eleito à Presidência da República: “Em Roraima, Bolsonaro defende exploração econômica de terras indígenas” (Estadão, 2018); “Vamos acabar com a indústria de demarcação de terras indígenas.” (Folha de S. Paulo, 2018); “Se eu assumir como presidente da República, não haverá um centímetro a mais para demarcação.” (IHU, 2018).

### 3. As retomadas de territórios tradicionais como atos de resistência

Diante de tais medidas e retrocessos, comunidades indígenas reagem politicamente, promovendo, ou mesmo reativando, estratégias que foram necessárias em outros tempos. Uma dessas estratégias são as *retomadas* dos seus territórios tradicionais, que podem ser entendidas como formas de resistência à expropriação territorial e à violência histórica as quais os índios foram submetidos<sup>15</sup>, ou como meios “[...] de reconstruir práticas socioterritoriais vividas pelos antepassados em um território de origem”<sup>16</sup>, sendo este território o último em que construíram seu tekoha antes do cercamento de seu macroterritório.

As retomadas ou reocupações das terras reivindicadas como de uso tradicional ocorrem também como reação à morosidade nos processos de demarcação de terras que a União Federal deveria ter concluído até cinco anos após a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, conforme determina o art. 67 do ADCT, e uma demonstração de insatisfação de indígenas perante o Poder Público. Assim, pensando-as como repertórios de ação que questionam a lógica patrimonial e eurocêntrica de sociabilidade do branco com o espaço, pode-se dizer que constituem projetos descoloniais e de *desobediência epistêmica*<sup>17</sup>.

Por mais que as retomadas sejam realizadas por grupos com experiências diversas sobre espaço, limites, resistência e fixação/nomadismo, essa estratégia “cosmopolítica” pode ser vista como resposta quase padrão aos violentos processos de desterritorialização que ocorreram com grande força durante o século XX em regiões determinadas do país, como a Centro-Oeste e a Sul. Estas regiões foram palco de políticas de expansão das fronteiras

---

<sup>15</sup> MOLINA, Luísa Pontes. **Terra, luta, vida: autodemarcações indígenas e afirmação da diferença**. 2017. 205 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 109.

<sup>16</sup> MOTA, Juliana G. B. **Territórios, multiterritorialidades e memórias dos povos Guarani e Kaiowá: diferenças geográficas e as lutas pela Des-colonização na Reserva Indígena e nos acampamentos-tekoha - Dourados/MS**. 2015. Tese [Doutorado em Geografia] – Universidade Estadual Paulista, 2015, p. 192.

<sup>17</sup> MIGNOLO, Walter D. *Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política*. **Cadernos de Letras da UFF - Dossiê: Literatura, língua e identidade, Niterói**, n. 34, p. 287-324, 2008.

agrícolas, a partir da titulação massiva de terras que nunca foram devolutas, mas ocupadas por povos indígenas. Soma-se a isso a postura do próprio órgão indigenista oficial – Serviço de Proteção ao Índio, de 1910 até 1967, depois a FUNAI – de facilitar a ocupação e titulação das terras indígenas, bem como as violentas liberações de áreas promovidas pela Ditadura Militar<sup>18</sup>, e temos conflitos violentos que perduram até os dias atuais.

A partir da expulsão de seus territórios, povos indígenas destas regiões deram início ao movimento político de resistência, desde formas brandas, como a habitação nos fundos das fazendas e da sujeição ao trabalho para seus proprietários, passando pela construção de acampamentos nas beiras de estrada e nos arredores das cidades, até ações de insubordinação, de enfrentamento direto<sup>19</sup>, como as retomadas.

No Rio Grande do Sul, atualmente, são mais de 90 áreas demandadas por comunidades indígenas, das quais apenas 14% estão regularizadas. E mesmo que todas fossem devidamente identificadas e demarcadas, não atingiriam 1% do território do estado<sup>20</sup>. Dentre as retomadas realizadas no RS para forçar demarcações, dois casos se destacaram nos tempos recentes: a retomada Mbyá-Guarani no Município de Maquiné/RS, realizada em 2017 sobre área pública e com relativo sucesso até o momento, no sentido de impulsionar processo demarcatório; e a retomada Mbyá-Guarani na Fazenda do Arado Velho no Município de Porto Alegre/RS, realizada em 2018 sobre área privada e marcada por conflitos violentos, ainda sem solução.

**a) Retomada Mbyá-Guarani em Maquiné/RS:** no dia 27 de janeiro de 2017, uma comunidade de cerca de 30 famílias Mbyá-Guarani, vindas de Barra do Ouro, Varzinha e da zona rural de Maquiné, lideradas pelo Cacique André Benites, ocuparam pacificamente parte da área da Fundação Estadual de Pesquisa Agropecuária (Fepagro), extinta pelo atual Governo do Estado. As famílias vinham de áreas improdutivas demarcadas pela FUNAI, como a

---

<sup>18</sup> Vide os relatos do Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade e o Relatório Figueiredo.

<sup>19</sup> MOTA, Juliana G. B. Territórios..., p. 185.

<sup>20</sup> FARIAS, João Maurício; LIEBGOTT, Roberto. Indígenas no RS: situação atual, conflitos, lutas e tentativas de desfazimento de seus direitos tradicionais de existência. In: *Relatório Azul 2017: garantias e violações dos direitos humanos*. Porto Alegre: ALRS, Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2017, p. 53.

terra Campo Molhado, ou de beiras de estrada. No local, encontraram terra fértil, rios e recursos naturais para exercer seu *ñande reko* (modo de vida guarani). Após levantar barracas de lona preta e construir com barro a casa de reza (*opy*), estava retomada a área e formada a nova *tekoha*.

Logo nos primeiros dias houve interação com os servidores estatuais que efetuam pesquisas na área, com outros moradores da região e com os apoiadores: **CIMI** (Conselho indigenista Missionário), **AEPIM** (Associação de Estudos e Projetos com Povos Indígenas e Minoritários), a **ANAMA** (Ação Nascente Maquiné), a **RaiZ** – Movimento Cidadanista e diversos professores e estudantes de antropologia<sup>21</sup>.

Também de forma muito rápida, a Procuradoria-Geral do Estado ingressou com ação de reintegração de posse na Vara Federal de Capão da Canoa, pois a FUNAI figura como réu. Entretanto, sem a concessão da liminar e meses após a retomada, atores institucionais já afirmam que o processo se encontra bem instruído de documentação técnica pela permanência da comunidade na área. Parte deste sucesso se deve ao “Relatório antropológico preliminar sobre retomada Mbya-Guarani de parte da área da **FEPAGRO** em processo de extinção no município de **Maquiné – RS**” elaborado pelo Departamento de Antropologia e Laboratório de Arqueologia e Etnologia da UFRGS<sup>22</sup> e por toda a rede de apoiadores que se estabeleceu. Hoje, há uma potente interação entre a comunidade e não indígenas, a partir de campanhas, vivências, assessoria e mobilizações conjuntas, em verdadeiro projeto intercultural.

**b) Retomada Mbyá-Guarani na Fazenda do Arado Velho, Porto Alegre/RS:** por sua vez, a retomada indígena de área da Fazenda do Arado

---

<sup>21</sup> SOARES, Marcelo. **Nhanderú no comando:** a retomada Mbya-Guarani de Maquiné – RS. Instituto Humanitas Unisinos, 2017. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/566588-nhanderu-no-comando-a-retomada-mbya-guarani-de-maquine-rs>> Acesso em: 04.11.2017.

<sup>22</sup> Trecho do laudo, citado por Soares: “Os Mbya-Guarani reconhecem áreas habitadas por seus ancestrais (nos termos poéticos dos mitos **Mbya**, ‘florestas plantadas pelos deuses’) conforme presença, concentração e distribuição das espécies vegetais e animais em cada lugar por eles frequentado. As matas existentes dentro da área apropriada pela **FEPAGRO** possuem muitas evidências míticas e ecológicas do manejo ancestral Guarani. Não se está referindo aqui o elogiável resultado do importante trabalho realizado pelos projetos e ações da antiga **FEPAGRO**, que produziu um grande pomar de árvores frutíferas nativas em torno ao qual a aldeia **Mbya-Garani** se criou hoje e é objeto de respeito principalmente entre as crianças **Mbya**. Trata-se de concentrações de certas espécies vegetais nativas e animais silvestres que se encaixam em seus padrões tradicionais de ocupação no território das encostas do planalto onde se instalou a **FEPAGRO**.”.



Velho, na zona sul de Porto Alegre, às margens do lago Guaíba, ocorreu no dia 15 de junho de 2018, quando quatro lideranças Mbyá-Guarani chegaram de barco na praia da região conhecida como Ponta do Arado.

A área de 426 hectares é gravada como de preservação ambiental e possui um conhecido sítio arqueológico com marcas de ocupação guarani no período pré-colonial. Em verdade, toda a área do Guaíba até o norte da Lagoa dos Patos é de ocupação milenar guarani, com mais de 30 sítios arqueológicos e aldeias atuais, ligando a retomada a um contexto maior de pertencimento à uma região<sup>23</sup>.

Já parte da área de mata, longe da orla, é de propriedade privada e constitui a Fazenda do Arado, cujos últimos donos que ocuparam as construções históricas do século XIX foram da família Caldas, proprietários do jornal Correio do Povo. Atualmente, a área pertence à Arado Empreendimentos Imobiliários, que objetiva construir um polêmico condomínio com 2,3 mil unidades, entre residenciais e comerciais, além de um hotel e uma reserva ambiental, tudo sobre área de preservação histórica e ambiental. Para viabilizar o projeto, houve uma alteração pontual do Plano Diretor em 2015, quando os vereadores aumentaram os potenciais construtivos da gleba, mas uma Ação Civil Pública do Ministério Público barrou a alteração legislativa por ausência de audiência pública.

A segurança privada e armada da incorporadora é acusada de ameaçar e manter em constante vigilância os guaranis da retomada, que se viram obrigados a permanecer na praia, longe dos recursos naturais e do acesso à cidade por terra. Após denúncia, o caso vem sendo acompanhado pela Procuradoria da República no Rio Grande do Sul, através do Núcleo das Comunidades Indígenas e Minorias Étnicas (Nucime) e pela FUNAI. Recentemente, após investidas violentas dos seguranças, que inclusive atiraram com armas de fogo na direção da comunidade, uma ação judicial

---

<sup>23</sup> DIAS, Adriana Schmidt; BAPTISTA DA SILVA, Sérgio. Arqueologia guarani no lago Guaíba: refletindo sobre a territorialidade e a mobilidade pretérita e presente. IN: MILHEIRA, Rafael Gudes; WAGNER, Gustavo Peretti. *Arqueologia Guarani no litoral sul do Brasil*. Curitiba, Appris, 2014, pp. 81-114, p. 82.

garantiu o amplo acesso da comunidade à área retomada, com segurança e acesso a serviços públicos essenciais.

Estes são apenas dois exemplos de retomadas que, por sua visibilidade e rede de apoiadores, possui potencial de garantir o direito ao território tradicional contornando os retrocessos atuais da questão indígena, cujo resultado poderá ser projetos interculturais que possibilitem se repensar os direitos territoriais indígenas.

#### 4. O giro descolonial e as retomadas indígenas

A partir dos anos 90, introduzindo categorias tais como gênero e raça no debate do capitalismo, Aníbal Quijano e outros pensadores latino-americanos<sup>24</sup> vincularam o processo de colonização da América com a expansão mundial do sistema capitalista, ambos sendo parte do mesmo processo histórico iniciado nos séculos XV e XVI. Como consequência, um padrão de poder colonial persistia ao fim da dominação política do fenômeno do colonialismo, ao estabelecer, de forma duradoura, hierarquias étnico-raciais entre dominantes e dominados<sup>25</sup>.

Este pensamento foi desenvolvido a partir da contestação das narrativas hegemônicas e intra-europeias sobre a modernidade, que buscavam justificar a posição da Europa como centro do mundo e ápice da evolução das sociedades, bem como o saber científico e racional como paradigmas. Tais ideais são em verdade construções ideológicas possibilitadas pelo eurocentrismo, pois as populações internas e tradicionais dos países colonizados nunca usufruíram deste “legado” vendido como positivo pela racionalidade colonialista. Se o custo da modernidade enquanto discurso universal era o encobrimento de outros mundos possíveis, então haveria um lado obscuro por ser desvelado.

---

<sup>24</sup> Walter Dignolo, Nelson Maldonado-Torres, Ramón Grosfoguel, Enrique Dussel, Catherine Walsh, Edgardo Lander, Arturo Escobar, María Lugones e Santiago Castro-Gómez são alguns exemplos.

<sup>25</sup> QUIJANO, Anibal. Colonialidad y modernidad/razionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Org.). **Los conquistados**: 1492 y la población indígena de las Américas. Ecuador: Libri Mundi, Tercer Mundo Editores, 1992, p. 14.

Assim, ao se perceber a dominação e a violência contra essas vítimas inocentes do “processo civilizador”, é possível “des-cobrir”, pela primeira vez, a outra face até então oculta, mas essencial da modernidade: o papel que o mundo periférico colonial, o índio assimilado, o negro escravizado, a mulher oprimida e a cultura popular silenciada desempenham na constituição da própria modernidade, enquanto vítimas de sua face irracional<sup>26</sup>. Estava elaborada, então, a noção de colonialidade, que daria gênese aos estudos descoloniais posteriores.

Esta matriz persistiu com os processos de independência dos países latino-americanos, e contribuiu para a estruturação de sociedades desiguais, hierárquicas e racistas, dentro de Estados formalmente republicanos e independentes. Através do controle político, administrativo e militar, elites brancas e proprietárias fabricaram os imaginários sociais e as memórias históricas das novas identidades nacionais. Já os povos indígenas, os negros e as populações tradicionais continuaram sem espaços de poder para expressar sua cultura de forma igualitária<sup>27</sup>.

Se considerarmos que os retrocessos político-normativos em curso descritos na introdução e as violências praticadas contra povos indígenas decorrem da atuação e interesses de elites agrárias e de sua expressão na política estatal (bancada ruralista), percebemos como ainda opera a colonialidade do poder.

Mas a colonialidade também é produtora de uma energia de descontentamento, de desconfiança e de desprendimento, geradora de projetos descoloniais que não creem no conto de fadas salvacionista da retórica moderna<sup>28</sup>. Em breves e precisas palavras, o pensamento descolonial é:

---

<sup>26</sup> DUSSEL, Enrique. Europa, modernidad y eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 49.

<sup>27</sup> QUINTERO, P. 2010. Notas sobre la teoría de la colonialidad del poder y la estructuración de la sociedad en América Latina. **Papeles de Trabajo** - Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio-Cultural, Rosário, n. 19: 1-15, p. 12.

<sup>28</sup> MIGNOLO, Walter D. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón (orgs.). **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 26-27.

[...] um projeto epistemológico fundado no reconhecimento da existência de um conhecimento hegemônico, mas, sobretudo, na possibilidade de contestá-lo a partir de suas próprias inconsistências e na consideração de conhecimentos, histórias e racionalidades tornadas invisíveis pela lógica da colonialidade moderna.<sup>29</sup>

O grupo modernidade/colonialidade, assim, incorpora a categoria “descolonialidade” para ampliar o marco e os objetivos do projeto, caracterizando o giro epistêmico descolonial. Portanto, a primeira tarefa do giro descolonial é a descolonização do conhecimento hegemônico que encobre outros saberes e experiências de vida, o que pode ser realizado por uma atitude que Mignolo (2008) chama de *desobediência epistêmica*.

Em sentido semelhante, Boaventura de Sousa Santos refere que o pensamento moderno seria um pensamento abissal, justamente por impor uma linha divisória entre conhecimentos válidos e inválidos, que acaba por ser reproduzido nos discursos e instituições jurídicas, políticas, científicas e sociais. Para se ir além desse pensamento abissal, propõe uma resistência epistemológica e um novo pensamento:

[...] a resistência política deve ter como postulado a resistência epistemológica. Como foi dito inicialmente, não existe justiça social global sem justiça cognitiva global. Isto significa que a tarefa crítica que se avizinha não pode ficar limitada à geração de alternativas. Ela requer, de facto, um pensamento alternativo de alternativas. É preciso um novo pensamento, um pensamento pós-abissal<sup>30</sup>.

Porém, a descolonização epistemológica não seria a substituição de uma cosmologia por outra, tampouco a negação da influência e da importância da modernidade, mas o questionamento da sua universalidade como ponto de partida, que acaba por inviabilizar relações interculturais e o que Santos chama de “ecologia de saberes”.

---

<sup>29</sup> BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos* - Eletrônica, Itajaí, vol. 19, n. 1, p. 201-230, 2014, p. 205.

<sup>30</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do sul*. Coimbra: CES, 2009, p. 41.

Justamente por buscar “uma outra racionalidade” que possibilite um intercâmbio de experiências, estes projetos descoloniais não visam à tomada de hegemonia do projeto moderno eurocêntrico, como se fosse a inversão dos polos da dominação. Segundo Dussel, há um elemento de corporeidade que marca as vítimas da modernidade, cuja negação da vida concreta é o que motiva a se unir em projetos de resistência ao sistema capitalista global e ao paradigma da totalidade, que não os contempla.

Desta forma, com a tomada de consciência sobre sua própria condição de vítimas e de excluídos do sistema, emergem novos sujeitos sócio-históricos, ou uma comunidade de vítimas que, a partir da ação política organizada e de uma intersubjetividade comunitária, transformam o sistema que os vitima em uma práxis de libertação<sup>31</sup>. É precisamente aqui que os movimentos indígenas se encontram nas suas retóricas e estratégias de luta política por território e vida.

As práxis históricas de libertação são aquelas que atuam como produtoras de estruturas novas mais humanizantes, que podem institucionalizar juridicamente as demandas dos movimentos sociais em função de suas mobilizações<sup>32</sup>. Assim, os movimentos sociais, as organizações populares, os povos originários, os camponeses e a classe trabalhadora “[...] presionan formulando sus necesidades como nuevos derechos o re enunciando desde nuevas subjetividades y situaciones derechos ya existentes, pero no eficientemente garantizados ni concretizados juridicamente”<sup>33</sup>.

Retornando à interculturalidade como categoria decorrente da descolonização epistêmica, esta igualmente não visa à hegemonia, tampouco se resume a outras relações de contato ou convivência cultural que estão presentes desde a colonização – a exemplo da contestada e rearticulada

---

<sup>31</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 411.

<sup>32</sup> ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. Repensar os direitos humanos no horizonte da libertação. *Cadernos IHU Ideias*, São Leopoldo, ano 12, n. 215, vol. 12, 2014, p. 14.

<sup>33</sup> MÉDICI, Alejandro. *Otros nomos: teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Aguas Calientes, San Luis Potosí: CENEJUS-Maestría en Derechos Humanos UASLP, 2016, p. 45.

categoria da multiculturalidade<sup>34</sup>: segundo gundo Walsh, a “[...] interculturalidad, en cambio, aún no existe. Es algo por construir. Va mucho más allá del respeto, la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad”<sup>35</sup>.

Desta forma, enquanto conceito e prática, processo e projeto de sociedade, a interculturalidade seria o termo mais adequado para a realidade étnico-cultural da América Latina, porque parte da realidade dos grupos historicamente negados em sua alteridade – evidenciando uma “sub-alteridade” – e aponta para a mudança radical da ordem. Em vez de simplesmente reconhecer e tolerar a diferença, a interculturalidade visa a “[...] re-conceptualizar y re-fundar estructuras sociales, epistémicas y de existencias, que ponen en escena y en relación equitativa lógicas, prácticas y modos culturales diversos de pensar, actuar y vivir”<sup>36</sup>.

Portanto, ao mobilizarem conceitos e ideias de territorialidades, resistência e reparação histórica, as retomadas podem significar movimentos de desobediência epistêmica potencialmente influenciadores de uma fundamentação “outra” dos direitos territoriais indígenas, e até mesmo de projetos interculturais, como a retomada de Maquiné avança para ser. Segundo Médici, é necessário estabelecer um pensamento situado na experiência concreta latino-americana para pensar “[...] la potencialidad de la filosofía latinoamericana de liberación y del llamado giro descolonizador o ‘descolonial’ para fundamentar la teoría constitucional.”<sup>37</sup>.

## 5. Considerações finais

As retomadas indígenas podem ser vistas como movimentos críticos e políticos sobre os poderes, os direitos e as omissões estatais quanto às

---

<sup>34</sup> Enquanto “acomodação cultural” da diversidade étnico-racial, visando a uma cidadania democrática, o multiculturalismo sofreu diversas críticas nas últimas décadas por ser uma teoria liberal que tende a ignorar as relações de poder e as desigualdades.

<sup>35</sup> WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*. Bogotá - Colombia, nº 9: 131-152, julio-diciembre 2008, p. 140.

<sup>36</sup> WALSH, Catherine. *Interculturalidad, Estado, sociedad*: luchas (de)coloniales de nuestra época. Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones Abya-Yala, Quito, marzo 2009, p. 43-44.

<sup>37</sup> MÉDICI, Alejandro. *Otros nomos...*, p. 2.

demarcações de terras, mas, também, como processos que articulam cosmologias e territorialidades com as ferramentas de contestação disponíveis em dado momento político, lidando e se apropriando de símbolos dos não indígenas e da sociedade envolvente, como limites pré-estabelecidos, processos judiciais e demarcatórios e direitos e instituições.

Portanto, mais do que a simples expressão dos seus modos de vida, as retomadas promovem desobediência epistêmica e podem iniciar projetos interculturais, como parece ser o caso de Maquiné. Assim, há elementos envolvidos nas retomadas que podem ser pensados a partir do *giro descolonial*, com vistas a afirmação dos direitos territoriais indígenas sob outros parâmetros, que não aqueles eurocentrados e reprodutores de lógicas excludentes de outros mundos e saberes.

Em um momento de retrocessos e investidas contra as (poucas) conquistas políticas e normativas, as retomadas têm potência para transformar inclusive a fundamentação dos direitos territoriais indígenas de que hoje dispomos. Apesar disso, em fevereiro de 2019, uma ação que discute posse de área ambiental integrante de processo demarcatório ganhou repercussão geral no STF e promete ser o novo *leading case* da matéria, dessa vez com efeitos formalmente vinculantes, em nítido reconhecimento da instabilidade fundiária gerada pela aplicação da tese do marco temporal e

Trata-se da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC, de relatoria do Ministro Edson Fachin e sobre o povo La Klãnõ (Xokleng) da Terra Indígena Ibirama de Santa Catarina. O julgamento, com ampla participação da sociedade através de audiência pública e entidades como *amici curiae* deverá ocorrer até o início de 2020. O Ministro Relator frisou que não estão pacificadas pela sociedade, nem mesmo pelo Poder Judiciário, questões como o acolhimento pelo texto constitucional da teoria do fato indígena, ou seja, da tese do marco temporal, tampouco os limites hermenêuticos dos direitos territoriais do art. 231 da Constituição. A depender do resultado, o julgamento poderá significar a

necessidade e intensificação das retomadas como única maneira dos povos indígenas garantirem a posse dos seus territórios.

## Referências

- BELTRÃO, Jane F. Território, terra e tradição segundo os Tembé Tenetehara em Santa Maria no Pará. In: **Anais do VIII Congresso Nacional de Pesquisadores(as) Negros(as)**. Belém, ABPN/Paka-Tatu, 2014.
- BENITES, Tonico. Trajetória de luta árdua da articulação das lideranças Guarani e Kaiowá para recuperar os seus territórios tradicionais tekoha guasu. **Revista de Antropologia**, São Carlos: UFSCar, v. 4, n. 2, p.165-174, 2012.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Itajaí, vol. 19, n. 1, p. 201-230, 2014.
- DIAS, Adriana Schmidt; BAPTISTA DA SILVA, Sérgio. Arqueologia guarani no lago Guaíba: refletindo sobre a territorialidade e a mobilidade pretérita e presente. IN: MILHEIRA, Rafael Gudes; WAGNER, Gustavo Peretti. **Arqueologia Guarani no litoral sul do Brasil**. Curitiba, Appris, 2014, pp. 81-114.
- DUSSEL, Enrique. **Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- DUSSEL, Enrique. Europa, modernidad y eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2000.
- FARIAS, João Maurício; LIEBGOTT, Roberto. Indígenas no RS: situação atual, conflitos, lutas e tentativas de desfazimento de seus direitos tradicionais de existência. In: **Relatório Azul 2017: garantias e violações dos direitos humanos**. Porto Alegre: ALRS, Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2017.
- LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. **Anuário Antropológico (2002-2003)**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.



LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil hoje. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006.

MÉDICI, Alejandro. **Otros nomos**: teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Aguas Calientes, San Luis Potosí: CENEJUS-Maestría en Derechos Humanos UASLP, 2016.

MIGNOLO, Walter D. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (orgs.). **El giro decolonial**: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.

MIGNOLO, Walter D. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF** – Dossiê: Literatura, língua e identidade, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.

MOLINA, Luísa Pontes. **Terra, luta, vida**: autodemarcações indígenas e afirmação da diferença. 2017. 205 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

MOTA, Juliana G. B. **Territórios, multiterritorialidades e memórias dos povos Guarani e Kaiowá**: diferenças geográficas e as lutas pela Des-colonização na Reserva Indígena e nos acampamentos-tekoha - Dourados/MS. 2015. Tese [Doutorado em Geografia] – Universidade Estadual Paulista, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatora especial da ONU sobre povos indígenas divulga comunicado final após visita ao Brasil**. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relatora-especial-da-onu-sobre-povos-indigenas-divulga-comunicado-final-apos-visita-ao-brasil/>> Acesso em: 30.01.2017.

PACHECO DE OLIVEIRA, João. Uma etnologia dos "índios misturados"? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. **Mana**, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 1, p. 47-77, 1998.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Org.). **Los conquistados**: 1492 y la población indígena de las Américas. Ecuador: Libri Mundi, Tercer Mundo Editores, 1992.

QUINTERO, P. 2010. Notas sobre la teoría de la colonialidad del poder y la estructuración de la sociedad en América Latina. **Papeles de Trabajo** - Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Socio-Cultural, Rosário, n. 19: 1-15.

ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. Repensar os direitos humanos no horizonte da libertação. **Cadernos IHU Ideias**, São Leopoldo, ano 12, n. 215, vol. 12, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do sul**. Coimbra: CES, 2009.

SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: uma crítica à tese do “marco temporal da ocupação”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOARES, Marcelo. **Nhanderú no comando**: a retomada Mbya-Guarani de Maquiné – RS. Instituto Humanitas Unisinos, 2017. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/566588-nhanderu-no-comando-a-retomada-mbya-guarani-de-maquine-rs>> Acesso em: 04.11.2017.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. **Tabula Rasa**. Bogotá - Colombia, nº 9: 131-152, julio-diciembre 2008.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad, Estado, sociedad**: luchas (de)coloniales de nuestra época. Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones Abya-Yala, Quito, marzo 2009.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). **El Derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

## A relação entre a justiça e o processo nos tempos hipermodernos da sociedade

Guilherme Christen Möller <sup>1</sup>

### Introdução

É justo regularizar o aborto? É justo executar sumariamente uma pessoa acusada de um suposto delito? É justo que animais domésticos tenham o mesmo tratamento jurídico que as pessoas? É justo que existam cotas raciais? É justo que homens obtenham gratificações salariais superiores às das mulheres? É justo que uma unidade familiar afetiva seja composta por mais de dois parceiros? É justo que o próprio justo seja questionado? Se sim ou se não, não cabe ao processo responder. Para que se possa discutir acerca de um algo específico ser ou não ser justo, é necessário que haja a possibilidade de que assim seja discorrido e debatido, o que ocorre, senão, por meio do processo. Eis o ponto deste trabalho. Carnelutti, afirma que *“tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare, il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto deve essere servito dal diritto”*, ou seja, para que ocorra o debate acerca da noção de justiça em todos esses citados (e não citados) assuntos, é necessário o natural transcurso processual. Processo, em verdade, está muito além de uma mera

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Autor, organizador e coordenador de diversas obras jurídicas e autor de mais de duas dezenas de artigos científicos relacionados à Teoria do Processo e ao Direito Processual Civil. Advogado e Consultor Jurídico.

codificação destinada a resolver conflitos sociais; tudo é processo. Aqui está a fundamental importância de promover debates acerca da dimensão da noção de processo: para que se possa entender se algo é ou não é justo, cabe ao processo oportunizar tal ambiente discursivo.

Contemporaneamente, o Brasil registra uma cultura caracterizada pela hipermodernidade. Tudo, em todas as máximas dimensões possíveis, está sendo questionado, analisado e julgado pelos tribunais. Novamente, o sentido individualizado do ser ou não ser justo do mérito desses processos não nos interessa; o que se precisa discernir e teorizar é justamente a postura do procedimento diante dos tempos hipermodernos do Direito. Apenas será possível afirmar o sentido de algo ser justo contanto que haja dimensões processuais que as acoberte. Para tanto, este estudo propõe-se em três capítulos; no primeiro capítulo quer-se observar a natureza da ciência processual; já, no segundo, pretende-se demonstrar que o paradigma ideológico de um racionalismo para o processo é insuficiente para manter as discussões do sentido de justiça do mérito dos mais variados assuntos; por fim, o terceiro capítulo, quer-se apresentar uma necessidade de se fazer uma reinterpretação da concepção de processo a partir da visão dos tempos hipermodernos. Como hipótese, tem-se que se está vivendo em um período em que a própria complexidade está sendo banhada por complexidade, de modo que as coisas estão assumindo sentidos muito amplos (quicá nunca anteriormente vistos), necessitando, outrossim, de uma reinterpretação do processo em uma perspectiva hipermoderna; não é por meio do processo que se responderá se algo é ou não é justo, mas, deve, o processo, estar pragmaticamente rente às novas dimensões que os campos da vida vêm tomando.

## **1. Sobre a resignificação do processo a partir da cultura humana**

Afirmou-se, logo no introito deste estudo, que absolutamente tudo está revestido de um procedimento específico; sejam atividades caracteristicamente fáceis ou caracteristicamente difíceis, para os fins daquilo

que se almeja concretizar, passasse por um crivo necessário e natural das coisas: o processo. Quiçá, mais conhecido como um mero ritual, ele está presente na humanidade muito antes de a história ter começado a ser registrada; aliás, o grau de independência que esse procedimento possui é tamanho a ponto de que ele não está condicionado à existência de um sistema social mediante a interligação de pessoas a partir de pontos comuns. Todavia, o ponto que se está a questionar refere-se à institucionalização dessa noção de procedimentalismo: o processo judicial. Tão somente nessa perspectiva, o processo já registrou inúmeras significações, como por exemplo o processo na perspectiva do exercício da autotutela, o processo na perspectiva canônica, e assim sucessivamente. Caminhar-se em sentido de visualizar a sua natureza, não é, no entanto, observar a concepção de um processo judicial exercício sob o amparo da noção de Estado, afinal, tal concepção apenas retrata um resultado de uma significação que se desenvolveu em sede do Estado Moderno<sup>2</sup>; revelar a natureza do processo é demonstrar a sua matriz. Em verdade, Barretto<sup>3</sup>, apresenta, mesmo que indiretamente, dois exemplos que retratam fielmente tal noção. Tratam-se, no entanto, de exemplos demasiadamente peculiares em relação à atualidade, todavia, se bem interpretados, evidenciam com clareza o núcleo paradigmático esperado.

Vejamos, portanto, que segundo Barretto, em 1587, um povoado situado em Saint-Julien estava sofrendo severos nos seus vinhedos e plantações diante do estabelecimento de uma colônia gorgulhos; os danos ocasionados pelos insetos foram tamanhos que culminou no ajuizamento de uma ação, partida dos moradores da região que estavam irritados com a situação narrada, junto ao juízo episcopal de Saint-Jean-Maurienne, pleiteando a expulsão dos ditos insetos daquela região. Em sede petítória, queria-se que o vigário-geral do bispado de Maurienne prescrevesse as

---

<sup>2</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 1: Processo de conhecimento. p. 23/24.

<sup>3</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. O paradigma ecológico e a teoria do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. n. 13. p. 227-245. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017.

medidas convenientes para aplacar a “cólera divina”, bem como, que se desse a sua expulsão daquela região. Por mais que não se tenha notícia acerca da decisão do referido processo, deve-se destacar que ele correu conforme a normalidade do procedimento daquela época, ou seja, além de ter-se constituído um advogado para os insetos, eles foram regularmente defendidos. Na mesma época, uma situação similar ocorreu em Coire com a infestação de larvas de cabeça preta (*leublauffer*), as quais adentravam no solo logo no início do inverno e, ao atacar as raízes, secavam as plantas do vilarejo, impossibilitando o seu florescimento ao final do verão. Os prejuízos que as pragas ocasionaram foram tamanhos que, de igual forma ao caso de Saint-Julien, culminou no ajuizamento de uma ação partida dos habitantes da região. Além de os ditos insetos terem sido devidamente citados, houve a constituição de um advogado de defesa e a designação de um promotor para o caso, ou seja, em sede procedimental, todas as formalidades foram observadas.<sup>4</sup>

Em relação à atualidade, ambos os casos relatados acima aparentam, no mínimo, estranheza – seja, inicialmente, pela admissão da ação proposta pelos moradores de ambas as regiões, ou pelo fato de ter-se constituído um defensor aos insetos, ou, ainda, de ter-se analisado o mérito do caso (ainda mais com um embasamento escolástico), quando de uma decisão judicial, ou, por fim, pelo próprio conjunto dos processos. Inobstante ao fato de que, pensando-se na atualidade, ambos os casos seriam sumariamente rejeitados, eles são de extrema pertinência para observar a matriz pórtica do processo por meio da demonstração da capacidade de mutação do paradigma epistemológico acerca da concepção do processo. Veja-se que apenas pela estranheza que surge ao comparar àquele paradigma de interpretação do processo em relação à atualidade, pode-se observar a sua variação de sentido. Esta operação se dá por um simples motivo: ao passo em que não se encontra o processo na natureza,

---

<sup>4</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. O paradigma ecológico e a teoria do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. n. 13. p. 227-245. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017. p. 230/231.

pautando-se em Carnelutti<sup>5</sup> e afirmando-o como um produto social<sup>6</sup>, esse sentido de interpretação do processo acompanhará uma mentalidade valorativa específica; por isso que, na ocasião em que Ribeiro<sup>7</sup> afirma que o processo se trata de um “espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente pode ser compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre os vários sujeitos envolvidos”, em verdade, a genealogia por trás de sua proposta está retratando justamente o ora alegado; para além de acompanhar valores humanos específicos, de forma abrangente, o que se observa é que ele acompanha uma orientação cultural específica. Nesse sentido, portanto, retomando-se aos casos dos vilarejos, se em ambas as ocasiões se tornou possível o processamento das ditas pragas, em verdade, é porque se havia uma conformação cultural que assim permitiu – desde já importando destacar o caminho inverso explorado por Chase<sup>8</sup> do próprio processo como elemento de formação da cultura –; outrossim, a configuração daquele sentido de processo visto em ambos os casos relatados retratava um peculiar sentido de cultural que, por sua vez, espelhava um peculiar sentido dos próprios valores humanos daquele local e tempo. A natureza do processo, outrossim, a sua própria matriz pórtica é, senão, a própria cultura<sup>9</sup>.

Seguindo-se nesta linha, mostra-se de suma importância destacar que inobstante ao recorte inicial dado para este estudo remeter ao processo na perspectiva de sua significação na Idade Média, o objeto inicial deste estudo não está amarrado ao catolicismo cultural, mas sim demonstrar a capacidade de observação dessa reinterpretção do sentido do

---

<sup>5</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**. Trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Editora Pillares, 2007. p. 24.

<sup>6</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010. p. 17/18.

<sup>7</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do Novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 232, Ano 39, 2014, p. 13-35. p. 23.

<sup>8</sup> CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 24/25.

<sup>9</sup> JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. 4. ed. rev. e atual de acordo com o Novo CPC. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018. OSNA, Gustavo. **Processo Civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da Teoria Processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

processo a partir de diferentes concepções culturais que se emergiram ao longo da história da humanidade. Cultura, por sua vez, pode ser observada, a partir de Giddens<sup>10</sup>, como sendo a representação de um conjunto de práticas e valores comuns à uma específica coletividade indeterminada, a partir de elementos tangíveis e intangíveis; ou seja, observando a proposta de Harari<sup>11</sup>, seria possível, em verdade, obter recortes metodológicos infinitos para demonstrar a matriz pórtica do processo, afinal, o professor israelense de história, no decorrer de sua explanação acerca da evolução da humanidade, demonstra que a noção de cultura a acompanha desde a revolução cognitiva humana; a cultura, melhor dizendo, se trata de uma decorrência indireta da necessidade cooperativa da manutenção da vida do próprio ser humano por meio da articulação linguística entre uma coletividade acerca de setenta mil anos atrás. Eis o ponto que permite aprofundar a explicação da comparação entre ambos os casos relatados do processo da Idade Média em relação à atualidade: considerando o caráter não-natural do processo, se ele espelha a própria noção de cultura, e é possível observar variações específicas acerca de um processo de um período X em relação ao processo do período Y, é porque a própria cultura humana, em seu processo cíclico e infinito de reinterpretação de seu próprio sentido, remodelou-se.

Sob o olhar hermenêutico que embasa este estudo, a questão suscitada é melhor explicada por Gadamer<sup>12</sup>. Em verdade, a referida remodelação do sentido de algo – e, neste caso, o algo é a cultura – tão somente ocorre por conta da emergência de um outro elemento que está umbilicalmente relacionado à cultura: o tempo – sem deixar-se de levar em conta o próprio espaço. Verdade seja dita, muito embora já se tenha debatido arduamente acerca da noção de tempo ao longo da história da humanidade, poucas foram as conclusões obtidas. Entretanto, o tempo na

---

<sup>10</sup> GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 22.

<sup>11</sup> HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 42. ed. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2019.

<sup>12</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 7. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. v. 1: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 394/395.



perspectiva dada por Gadamer é peculiarmente curioso, posto que irá concebê-lo como sendo o fator responsável por um sentido específico das próprias coisas. Assim, explicando-se o ponto de vista, se algo, seja corpóreo ou não, possui um sentido específico, é porque o tempo possibilitou essa conclusão; nessa perspectiva, o tempo nada mais é do que a justificativa para a ocorrência da variação daquela concepção originária de algo a partir de um recorte específico, de modo a permitir-se concepções distintas sobre uma única coisa. Assim, portanto, se àquele processo do período X não corresponde a este processo deste período Y, é porque o tempo operou na cultura, de modo a culminar na remodelação de seu sentido; aliás, a história, quando estudada, para além dos casos já relatados, permite observar essa desenvoltura de sentidos com extrema facilidade, haja vista que ele, processo, nessa perspectiva temporal, será distintamente definido conforme a variação dos sentidos dos elementos intangíveis da cultura, especialmente os valores. A cada momento em que os elementos intangíveis da cultura variam, pode-se observar uma nova etapa de algo que se denomina por estágio sociocultural humano; cada estágio sociocultural, outrossim, contará com a sua respectiva configuração de processo.

Destarte, pode-se concluir este primeiro momento afirmando-se que a natureza do processo é a cultura; no entanto, o que se fala de processo, em verdade, deve ser compreendido como sendo a ciência processual. Há uma cisão lógica entre processo e ciência do processo, de mesma forma como o Direito e a ciência do direito, afinal, a operabilidade de tal questão está amarrada em uma perspectiva kelseniana<sup>13</sup>: fala-se de processo enquanto atuação (o processo sempre será carregado de elementos morais<sup>14</sup>); já, fala-se de ciência processual enquanto sistema de organização da procedimentalização de institutos destinados a promover a

---

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

<sup>14</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, Participação e Processo. p. 361 - 374. In: \_\_\_\_\_. **Ensaios e artigos**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. v. 2. p. 361.

pacificação social<sup>15</sup> quando da ocorrência de conflitos sociais (nesta perspectiva de um direito processual judicial). Compreender tal natureza mostra-se como o ponto primordial deste estudo, afinal, a partir de agora, será possível observar porque Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>16</sup> esteve certo quando formulou uma severa crítica à um pensamento rígido do processo: ele, como já de demonstrou na introdução, deve ser suficientemente extenso a ponto de manter por completo o direito material. Em sentido contrário, não há como não pensar em discussões que, de igual forma, caminharão em mesmo sentido rígido, o que apresentará uma deficiência se se espera que haja uma discussão acerca do ser ou não ser justo nos mais variados assuntos do direito material; trata-se de uma ideologia que, assim, deve ser compreendida e absorvida o quanto antes pela comunidade jurídica. O processo deve estar constantemente filtrado a partir da pragmática cultura que exala a cultura.

## 2. Processo, racionalismo e o recurso especial 1.713.167

Em “Memórias póstumas de Brás Cubas”, antes de adentrar-se ao conto de Machado de Assis<sup>17</sup>, Luís Augusto Fischer apresenta, além de uma pequena biografia e a cronologia da vida do autor, o panorama contextual do Rio de Janeiro à época de vida de Machado de Assis (1839-1908); das diversas características apresentadas, algumas são demasiadamente oportunas para que se possa fazer uma construção daquela época: 1) O Brasil era um país oficialmente católico, questão que influía diretamente na organização diária da sociedade – como exemplo a organização de horários a partir das badaladas dos sinos das igrejas –; 2) O sistema de iluminação a gás chegou tão somente, ao Brasil, ao ano de 1854, de modo que, considerando a vasta limitação existente em realizar as tarefas no período

---

<sup>15</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 11.

<sup>16</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>17</sup> ASSIS, Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. Porto Alegre: L&PM, 2018.

noturno, a própria rotina das pessoas daquela época era limitada à luz solar; 3) Intrinsecamente ligado ao último, a organização das refeições diárias era completamente distinta – o almoço era servido às 08:00 horas, a janta às 14:00 horas, havia-se a possibilidade de comer aquilo que se chamava por “merenda”, e, por fim, às 21:00 horas era servida a ceia; 4) O sistema de transportes da época era completamente rudimentar, contando com Paquete, Cabriolé, Landau e Vitória. Dito isso, agora, imaginemos, por exemplo, um indivíduo que, nesta época contextualizada, sustentasse ao referido escritor brasileiro a possibilidade de utilização dos Tribunais de Justiça do Brasil para assegurar a regulamentação de visitas de um animal doméstico. Pragmaticamente, o que se pode imaginar é que os conflitos seriam diversos; seja pelo fato da caracterização da personalidade jurídica dos animais, seja, ainda, pela inexistência de uma possibilidade de dialogar sobre regulamentação de visitas – especialmente pela inexistência de um instrumento jurídico que viabilizasse o rompimento da relação matrimonial (àquela época) –, seja, por fim, pelo caráter demasiadamente rudimentar do sistema jurídico brasileiro da época, certamente se trataria de algo impensável. O ponto, no entanto, é que aquilo que àquela época soou impensável, mais de um século após, veio a ocorrer no Brasil com a decisão sobre a regulamentação de visitas de “Kimi”, uma cadela da raça Yorkshire, no Recurso Especial 1.713.167<sup>18</sup>, no entanto, para alguns, soando igualmente impensável.

Em 2018, o julgamento de um caso em particular prendeu a atenção de diversos veículos de notícias da área jurídica: o julgamento do REsp 1.713.167. A grande particularidade está no fato de que a maior corte de Justiça do Brasil apreciou o mérito de um REsp sobre a regulamentação de visitas de “Kimi”, uma cadela da raça Yorkshire. Cumpre destacar que a devida compreensão acerca da matéria apreciada no referido recurso remete-nos ao ano de 2004 com o início da relação afetiva entre o ex-casal V.M.A. e L.M.B., a qual perdurou por cerca de sete anos; ao final da relação,

---

<sup>18</sup> STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.713.167 SP 2017/0239804-9. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. DJ: 19 jun. 2018. **Superior Tribunal de Justiça.**

em 2011, ambos estavam de acordo com a dissolução da sua união estável, ciente da inexistência de bens a serem partilhados, no entanto, em desacordo sobre quem ficaria com “Kimi”, a cadela adquirida pelo referido ex-casal durante a constância da sua união. Do caso, mais precisamente no resumo do referido acórdão, colaciona-se que, com o término da relação entre as partes, V.M.A. fora impossibilitado de manter contato com a “Kimi” diante das negativas por parte de L.M.B. A parte requerente (V.M.A.) alegou que além ter sido o responsável pela totalidade do valor da compra de “Kimi”, bem como de que todos os demais gastos atinentes à cadela ficaram ao seu encargo, após os sete anos da união estável entre o ora requerente e o ora requerido, ele havia estabelecido um intenso apego para com a cadela, um verdadeiro laço afetivo para com aquele animal, de modo que a impossibilidade de torna-la a ver estava lhe causando intensa angústia. Deixando-se as decisões de primeiro e segundo grau jurisdicional à limiar, no caso em comento, a 4ª Turma do STJ restou dividida, todavia, por maioria, entendeu-se pelo provimento da regulamentação de visitas de “Kimi”, com o consequente direito de visitas.

O processo opera na atualidade, no entanto, é pensado sob as ideologias daquela época de vida de Machado de Assis; muitos casos apresentados ao Poder Judiciário são retratados como dificultosos ou estranhos (fúteis). Aqui está o motivo da cisão no momento da divisão da regulamentação de visitas de “Kimi”: o processo aparenta carecer de um caminhar pragmaticamente rente à realidade cultural que se presencia no Brasil. Viu-se, no capítulo anterior, que cultura é processo, processo, por sua vez, é utilizado pela matéria, de modo que a matéria se torna à cultura: aonde está o problema nesta relação? Epistemologicamente: na carência de significação adequada à noção de processo. O processo não deve ser configurado como sendo um empecilho para a apreciação do sentido de algo ser ou não justo; não é o processo que dirá se Sócrates deva ser condenado à morte, afinal, isto é competência da matéria, de modo que, sua exclusiva função, nesse sentido, é, senão, possibilitar que tal discussão

ocorra. Aqui está a crítica de Silva<sup>19</sup> acerca do caráter sólido, rígido, racionalista, que o processo ainda carrega.

Revisitando-se a história, a partir do século XVI adentrou-se em uma longa caminhada em sentido contrário aos pressupostos jusnaturalistas que até então eram vistos no processo (em especial no processo canônico), de modo que essas próprias características metafísicas entraram em colapso diante da alteração paradigmática da fé religiosa da filosofia católica para a razão humana<sup>20</sup>. Foi justamente essa transição do núcleo paradigmático social para a razão humana que viabilizou o reencontro da ciência do processo para com a sua natureza humana. Aqui, está o triunfo do *ius commune*<sup>21</sup> a partir da concepção racional já descrita por Cícero<sup>22</sup> um século antes de Cristo.<sup>23</sup> Este movimento aqui descrito refere-se a passagem da Idade Média para aquilo que se denomina por Modernidade Sólida. Outrossim, dessa transição do paradigma da fé religiosa, que se tinha na Idade Média, para a razão humana da Modernidade Sólida provêm a concepção de que é o ser humano a medida balizadora do sentido das coisas que compõem o mundo; em termos mais claro, a partir deste estágio sociocultural do mundo, o que se têm é que para tudo, a partir de então, buscasse estabelecer uma lógica peculiar e simplista: as coisas são de uma determinada forma senão por conta de uma explicação lógica. De mesma forma ocorre no processo do estágio sociocultural da Modernidade Sólida, afinal, tem-se um estágio em que ele é significado a partir de um binarismo conceitual e finalístico. Caracterizado por um forte espírito simplista, trata-se de um processo que reduz todas as coisas a uma, sendo ela a correta. Aqui está a crítica de Baptista da Silva: a significação do processo aparentar ter se amarrado à uma ancora e cá permanecido, dificultando o

---

<sup>19</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>20</sup> DESCARTES, René. **Discurso sobre o Método**. 2. ed. Trad. Alan Neil Ditchfield. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 13/14 e 18.

<sup>21</sup> CAENEGEM, Raul C. van. History of european civil procedure. In: DAVID, René. (ed). **International encyclopedia of comparative law**. v. 16, chapter 2. Paris, New York: IALS, 1973.

<sup>22</sup> CÍCERO, Marco Tulio. **Las leyes**. Trad. De Álvaro D'Ors. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970.

<sup>23</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do Processo Civil romano**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

acobertamento do processo em questão do direito material que estão além de tal sistema rigidamente fechado. A crítica da escola ovidiana de processo está pautada na constatação de que o mundo não parou no século XVI; o tempo, em seu processo cíclico e infinito de conformação de novos sentidos às coisas, de lá para cá, contou com uma natural transição progressiva.

Em verdade, em uma perspectiva pragmática, àquela noção sólida da Modernidade, está, e a muito tempo, sendo substituída por uma noção de uma Modernidade Líquida, representando um estágio em que todos aqueles institutos que até então eram bem definidos (sólidos), admitindo apenas uma resposta correta (concepção simplista), não mais são palpáveis (processo de fusão das coisas), afinal, a ideia de padronização do mundo passou a ser afrontada por uma perspectiva de resultados advindos de uma interligação de pontos humanos (complexidade). Além do REsp 1.713.167, pode-se registrar outros dois dilemas observados no STJ. O primeiro refere-se ao REsp 161.123, o qual versa acerca na natureza jurídica dos *bitcoins*, no qual se pode ver o caráter sólido do Processo da Corte brasileira ao observar a incapacidade de definir a sua natureza jurídica; trata-se de uma situação que está muito além do pensamento ideológico reducionista da Modernidade Sólida, afinal, fala-se de uma moda sem qualquer vinculação com uma noção de Estado. O segundo refere-se ao REsp 669.465, apresentando, em seu mérito, o interessantíssimo assunto acerca do poliamor (direitos previdenciários envolvendo “concubinos”); de mesma forma como a regularização da união homoafetiva um dia já representou trabalho a Corte, agora a temática a ser enfrentada pelo Processo refere-se à vínculos envolvendo unidades familiares afetivas com mais de dois parceiros. Outrossim, para além dos três casos selecionados para este estudo, existem tantos outros que estão constantemente desafiando, o Processo.

### 3. A reinterpretação da concepção de processo como forma de preservar a discussão acerca da justiça nos institutos do âmbito material do direito

Para nós, todo o visto no decorrer do capítulo anterior, significa dizer que, hermeneuticamente, resultou-se em um estágio em que as coisas passaram para um ponto em que os seus sentidos são imensuráveis; a complexidade é banhada por uma complexidade, resultando, outrossim, em uma vasta possibilidade de interpretação de todos os institutos da vida. Daquela visão de mundo em que se tinha a possibilidade de estabelecer-se específicos padrões para os sentidos das coisas, chega-se em um momento em que os próprios valores ampliam-se para uma proporção de admitir uma hiperverdade nas coisas. Aqui está a Hipermodernidade de Lipovetsky<sup>24</sup>. Em verdade, o que se tem na atualidade é, senão, a era das incertezas<sup>25</sup>; da concepção singular de sentido das coisas, presencia-se um estágio caracterizado para “diversidade da pluralidade”. Verdade seja dita: perde completamente o controle dos sentidos das coisas do mundo.

Novamente, o processo não deve ser justo ou injusto, ele deve ser tão somente processo, a ponto de permitir que tal discussão ocorra no campo material, mas para isso, deve ele estar disposto a ampliar os seus mecanismos de atuação para manter esse cenário hipercomplexo, advindo da Hipermodernidade, que resultou da Modernidade Líquida baumaniana. Seria hipocrisia pensar, outrossim, que um cenário hipermoderno poderá ser combatido apenas com uma concepção simplista de processo; está errado! Veja-se que se pode observar que toda a construção legislativa do Processo brasileiro anterior às reformas ao CPC/73, bem como ao próprio CPC/15 partiu do pressuposto rígido das coisas; a complexidade acerca da pluralidade de sentido das coisas, quando de uma observação pragmática, sempre fora posta à limiar. Pegue-se, assim, por exemplo (e o melhor de

---

<sup>24</sup> LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. Lisboa: Edições 70, 2018.

<sup>25</sup> LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 49/50.

todos), a própria concepção de jurisdição no Brasil; a afirmação acerca dessa proposta reducionista é melhor observada a medida em que emerge a forte presença da concepção de jurisdição de Chiovenda em parcela considerável do lapso temporal de vigência das legislações processuais civis brasileiras. A noção de jurisdição em Chiovenda<sup>26</sup> nada mais seria do que a mera aplicação da lei ao conflito apresentado ao Poder Judiciário; claro, não se pode obstar que se está falando de uma conceituação proveniente do início do século passado, todavia, fortemente presente em uma legislação processual que vigorou até o início de 2016. A aceitação de tal concepção está na frase de Carnelutti<sup>27</sup> já posicionada na introdução deste trabalho: *“tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare, il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto deve essere servito dal diritto”*. Reitera-se Carnelutti posto que se àquela concepção de jurisdição de Chiovenda, retratando o espírito do processo sólido, se mostrava demasiadamente suficiente para fazer com que o processo atingisse o grau de efetividade – e aqui, fala-se em um processo com dimensões suficientes a ponto de possibilitar o debate da noção de justiça no direito material – que dele, à época, se esperava, é porque, em verdade, o próprio direito material daquela época não estava para além disso – cá a explicação de toda a insurgência de todos os adendos deste estudo. Veja-se, voltando-se aos casos de Saint-Julien e Coire, o desenvolvimento do processo em ambos se deu exclusivamente porque o próprio direito material da época não estava distante desse sentido culturalmente admitido acerca dos valores sociais de concepção das coisas. De mesma forma como à época da realidade de Machado de Assis, um processo objetivando o divórcio, cumulativamente com a disputa acerca da guarda dos filhos do casal, não poderia ocorrer porque o próprio direito material assim não sentida. O problema é que não mais está-se diante de um cenário em que o direito material se mostra como

---

<sup>26</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1928. § 2.

<sup>27</sup> CARNELUTTI, Francesco. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 35, n. 4, p. 539-550, 1960.



simplista: deve, portanto, o processo ser pensado de uma forma igualmente abrangente.

Para que se possa interpretar o processo a partir da hipermodernidade é necessário que seja feita uma abertura cognitiva à uma nova concepção de processo, afinal, está-se diante de algo que é completamente antagônico em relação àquela concepção de um processo clássico. Veja-se que um fato comum quando do ensino do processo é a ideia de sua intrínseca ligação para com a noção de Estado; de fato, esta associação provém das propedêuticas maquiavelianas<sup>28</sup> da centralidade do poder do Estado quando da sua função de proporcionar a harmonia da sua respectiva sociedade. Todavia, mesmo que se queira partir dessa clássica ligação entre o Estado e o processo, em uma perspectiva pragmática, não mais é possível lograr êxito nesta proposta, afinal, dentre os diversos fatores que poderiam ser invocados neste momento, quicá o pós-globalização represente o seu maior empecilho. Explica-se. A própria noção de Estado até o momento do início do processo de globalização do mundo esteve umbilicalmente atrelada àquela concepção de sua soberania embasada em um constitucionalismo clássico. A problemática, no entanto, é que se vive em um estágio sociocultural representado por incertezas, as quais, para os elementos e campos da humanidade, são vistas a partir de uma fragmentação; mais especificamente para este estudo, pode-se observar que houve uma fragmentação da própria noção do próprio processo.

Seguindo-se nessa linha, mais do que em qualquer outro período da história da humanidade, na atualidade, tem-se dado uma maior legitimidade à estas manifestações não-estatais do processo; a questão emerge justamente da genealogia desse estágio sociocultural da humanidade, afinal, do cenário hipercomplexo que hoje banha o mundo, necessita-se, senão, de uma teoria que seja igualmente hipercomplexa. Aqui está o grande ponto da Hipermodernidade e do hiperprocesso: não se trata da

---

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Maquiavel, "O Príncipe" e a formação do Estado Moderno**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017. p. 92/93.

extinção do Estado, mas sim de que ele passa a assumir uma postura realista da sua insuficiência regulatória-simplista a todos os infinitos contextos do mundo; o hiperprocesso, em verdade, é uma reinterpretação daquela concepção clássica de processo a partir da absorção do fato de que cada vez mais os conflitos passam a despadronizar-se e assumirem uma pluralidade de infinitas formas, afinal, cada qual estará rente à sua respectiva contextualidade. Aqui, portanto, a justificativa pela qual se mostra humanamente impossível partir de uma proposta analítica e conceituar a noção de processo na Hipermodernidade, afinal, o seu próprio fim caminha em sentido contrário à redução ora pretendida. Uma coisa pode possuir uma infinidade de sentidos, de mesmo modo em que esses diversos sentidos não estão presos à tão somente uma coisa. Aqui está o grande paradoxo do processo institucionalizado na Hipermodernidade. O Estado deve estar a par de sua respectiva sociedade; se ela é hipercomplexa, a tarefa de delimitar esses institutos processuais destinados a proporcionar a sua harmonia é obstada. Se se quer uma harmonia social por meio do processo institucionalizado, o Estado brasileiro deve estar ciente e desenvolver mecanismos processuais a partir dessa análise pragmática dos contextos. Veja-se que não se trata de buscar um denominador comum legislativo para todos os contextos brasileiros – ou seja, como se fosse para um médico receitar um remédio que seja aplicável à todas as doenças –, mas que a todos eles exista uma resposta processual adequada aos seus anseios e desejos. Em países que adotam o modelo da *civil law*<sup>29</sup> a questão é demasiadamente custosa, afinal, seria como se o CPC necessitasse de outros tantos procedimentos que sejam rentes à realidade hipercomplexa do Brasil. Aqui está a chave-mestra do hiperprocesso institucionalizado: a questão não está no procedimento, mas sim na própria epistemologia da jurisdição.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

<sup>30</sup> PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Nas últimas décadas, viu-se a emergência de incontáveis formas de resolução dos conflitos sociais, como é o caso da conciliação, da negociação, da arbitragem, da mediação, e, recentemente, da constelação familiar. O que ambas possuem em comum? A resposta é: ambas estão recepcionadas pela noção de uma hiperjurisdição. Enquanto institucional, o processo hipermoderno está além da tarefa de positivizar a pluralidade de comportamentos humanos que provêm de uma pluralidade de contextos sociais existentes (e que ainda virão a existir); verdade seja dita, trata-se de algo humanamente impensável. A resposta para todo este problema aqui observado está na própria genealogia do processo: a cultura. Se se quer que o processo atinja o fim de proporcionar a harmonia social, deve ele estar rente à realidade cultural de um contexto; este contexto, no entanto, delimitará a sua concepção de processo a partir da sua realidade cultural (Pasárgada é o melhor exemplo deste ponto). Nas últimas décadas, com essa dilação dos valores humanos nos tempos hipermodernos, passou-se a conceber que essas outras formas de resolver conflitos que não a jurisdição, são tão processo quanto esta (jurisdição)<sup>31</sup>. A questão está na adequação para a adequação. Quando o processo passa a recepcionar essas formas de resolução de conflito, o que se tem é uma própria dilação, institucionalizada, do processo, afinal, tratam-se de manifestações que derivam dos anseios dessa diversidade contextual. Em tempos de incerteza, um processo que se quer por hipermoderno não pode estabelecer pressupostos reducionistas, ou seja, como se tudo fosse passível de resolução pela via da jurisdição clássica, afinal, tampouco ela, ou ainda, a inclusão de procedimentos específicos a ela para buscar responder todos esses contextos, não proporcionaria uma certeza à incerteza para que se possa estabelecer um equilíbrio. A adequação para a adequação está no fato de que determinados conflitos sociais necessitarão de determinadas respostas processuais.

---

<sup>31</sup> JOBIM, Marco Félix. **Teoria, História e Processo**: com referências ao CPC/2015. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016. p. 92.

#### 4. Considerações finais

O processo, ou melhor, o ritual, sempre existirá, aliás, é necessário que ele exista, afinal, caso contrário, os fins almejados quiçá nunca sairão de um plano utópico para a sua efetiva concretização. Deixando-se a concepção de ritual à limiar e trabalhando-se com a noção de processo judicial, deverá, ele, caminhar de forma harmônica em relação ao direito material. Não se está dizendo, com isso, que o processo deve ser justo, aliás, fala-se em noção de ciência processual, de modo que discursos de cunho moral devam ser sumariamente rejeitados; o processo deve ser, senão, processo; o justo, quem dirá, será a própria matéria; eis a relação harmônica da justiça entre o processo e a matéria. Se o direito material, assim, caminhar para um sentido significativo específico, deve, o processo, assim caminhar. Ao direito material, cabe discutir como as coisas devem ou não devem ser, se são justas ou injustas, se são corretas ou erradas; ao processo, por sua vez, cabe unicamente possibilitar tal discussão. Quiçá seja esta a maior lição que se deva tirar deste estudo.

Se se espera que ele seja o instrumento pelo qual será possível evitar o caótico cenário da desordem social, os anseios e desejos sociais devem, a todo o momento, serem observados nas ressignificações da concepção de processo. O processo, ou melhor, a ciência processual, outrossim, tão somente servirá aos que dela utilizarem contanto que a sua cognição esteja para o sentido epistemológico, em um constante ciclo de reinterpretções pragmáticas, da própria cultura humana. Por mais estranho que seja o cenário (tempo e espaço), se ele assim não caminhar, nunca será possível definir se Sócrates é ou não é culpado; mais ainda, nunca será possível afirmar que as acusações formuladas em desfavor de Sócrates são justas ou são injustas.

Aplicando-se toda a teoria aqui vista à prática, viu-se, como fazem provas os julgamentos apresentados, que hoje se caminha para um sentido amplo de absolutamente todos os institutos da vida; sem que nos déssemos conta, a complexidade que tanto assustou aos que (ainda) possuem

uma cognição hermenêuticamente simplista, potencializou-se a ponto de banhar-se de si. A realidade, atual, é que se vive em tempos de uma hiper-complexidade; os valores humanos passaram por um processo de ampliação, de modo que a verdade está a poucos passos de consumir a mentira, ou, o certo quase é unísono nas discussões entre ele e o errado. O resquício de dúvida, no entanto, é a permissão que o Direito possui para balizar e firmar aquilo que não comporta sentido adequado para os institutos sociais. Seja o poliamor, seja o *bitcoin*, seja, por fim, a cadela Kimi, o Direito tem sido utilizado de uma forma altamente hipermoderna; enseja-se na necessidade de um processo que seja igualmente hipermoderno. Não há, no entanto, como analiticamente defini-lo, todavia, quiçá seja assim melhor, posto que, ao afirmar que ele deve manter o direito material que discutirá o sentido de justiça acerca da interpretação das coisas, deverá, o processo, ser o mais abrangente e maleável possível.

## Referências

ASSIS, Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. Porto Alegre: L&PM, 2018.

BARRETTO, Vicente de Paulo. O paradigma ecológico e a teoria do direito. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. n. 13. p. 227-245. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 1: Processo de conhecimento.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CAENEGEM, Raul C. van. History of european civil procedure. *In*: DAVID, René. (ed). **International encyclopedia of comparative law**. v. 16, chapter 2. Paris, New York: IALS, 1973.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, Participação e Processo. p. 361 – 374. *In*: \_\_\_\_\_. **Ensaios e artigos**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. **Rivista di Diritto Processuale**, ano 35, n. 4, p. 539-550, 1960.

\_\_\_\_\_. **Arte do Direito**. Trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Editora Pillares, 2007.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 4. ed. Napoli: Jovene, 1928.

CÍCERO, Marco Tulio. **Las leyes**. Trad. De Álvaro D’Ors. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1970.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do Processo Civil romano**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o Método**. 2. ed. Trad. Alan Neil Ditchfield. Petrópolis: Vozes, 2011.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 7. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. v. 1: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. 42. ed. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2019.

JOBIM, Marco Félix. **Teoria, História e Processo**: com referências ao CPC/2015. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. 4. ed. rev. e atual de acordo com o Novo CPC. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

\_\_\_\_\_; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. Lisboa: Edições 70, 2018.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

OSNA, Gustavo. **Processo Civil, cultura e proporcionalidade**: análise crítica da Teoria Processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do Novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 232, Ano 39, 2014, p. 13-35.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Maquiavel, “O Príncipe” e a formação do Estado Moderno**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017.





## Direitos humanos e regularização fundiária quilombola: Jalapão em terras de quilombos

*Jéssica Painkow Rosa Cavalcante*<sup>1</sup>

*Liziane da Silva Rodriguez*<sup>2</sup>

*Fernanda Miler Lima Pinto*<sup>3</sup>

### Introdução

Este artigo versa sobre a regularização fundiária quilombola enquanto elemento garantidor de direito, conforme assegurado pelo artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Especificamente, expõe o conflito atual advindo com a sobreposição do Parque Estadual do Jalapão (PEJ - Área de Proteção Ambiental do Jalapão, Unidade de Conservação, criado em 31 de julho de 2000, pela Lei nº 1.172) em terras ocupadas centenariamente por comunidades quilombolas, no Estado do Tocantins.

Ainda, expõe a insegurança jurídica vivida pelos quilombolas da região, já que algumas comunidade da região estão desde 2006

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-graduada (*lato sensu*) em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada (*lato sensu*) em Direito Agrário e Agronegócio pela Faculdade Casa Branca (Facab). Advogada inscrita na OAB/TO. E-mail: jessicapainkow@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4024280261959707>.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada. E-mail: lizianeoo@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5373453337860546>

<sup>3</sup> Mestranda em Direito Público na Universidade Vale do Rio Sinos (UNISINOS). Advogada inscrita na OAB/MA. E-mail: fernandamlp1206@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1672312046277512>.

aguardando a finalização dos processos de regularização fundiária junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

O objetivo central desse artigo é dar visibilidade à situação fundiária das comunidades, identificando os conflitos jurídicos na garantia dos direitos constitucionais dos quilombolas. A metodologia deste artigo se constituiu de pesquisa bibliográfica para a compreensão das questões sócio-histórico-culturais, econômicas e jurídico-fundiária das Comunidades Quilombolas no Brasil, e especificamente das Comunidades Quilombolas sobrepostas pela região jalapoeira, também, por uma análise documental, através de processos judiciais e administrativos, anuários, relatórios e documentos dos órgãos competentes<sup>4</sup> que demandam a regulamentação das comunidades quilombolas.

## 1. Direitos quilombolas e o artigo 68 do ADCT

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), e conseqüentemente, com a validação do art. 68 do ADCT, houve a compreensão pela implementação das terras como direito adquirido ao quilombo existente, esta normativa, protege os direitos fundamentais dos quilombolas e salvaguarda os interesses transindividuais da população brasileira<sup>5</sup>.

O reconhecimento dos direitos à terra e à identidade às comunidades quilombolas proporcionam o alcance da condição de sujeitos coletivos de direitos, implicando no impulso de “lutas políticas na esfera pública para materialização desses direitos no efetivo reconhecimento dos seus territórios e na ampliação do acesso aos bens e recursos do Estado”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Instituto de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), Defensoria Pública Agrária (DPAgra), Ministério de Desenvolvimento Agrário (MDA), Superintendência Regional do Tocantins (SR(26)TO), Instituto Naturatins.

<sup>5</sup> CHACPE, Juliana Fernandes. Territórios quilombolas e unidades de conservação de proteção integral: desafios da conciliação na Administração Federal. (Dissertação de mestrado). **Centro de Desenvolvimento Sustentável**. Universidade de Brasília, Brasília, 2014. 150 p.

<sup>6</sup> SANTOS, Simone Ritta dos. **Comunidades Quilombolas: As lutas por reconhecimento de direitos na esfera pública brasileira**. Porto Alegre: Edipucrs, 2014. Para mais acerca do assunto, ver: “Preservação da cultura e os conflitos socioambientais: os povos quilombos no Estado do Tocantins e o dilema entre direitos fundamentais e sanções

Em 2019 completam-se 24 anos desde a titulação pioneira de terras quilombolas realizada no Brasil, em 20 de novembro de 1995, na Comunidade Boa Vista, situada no Estado do Pará<sup>7</sup>. Desde então, mais de 90% das comunidades quilombolas do país aguardam a efetividade de seu direito às terras ocupadas através da titulação de seu território. No Brasil, foram realizadas 220 titulações referentes a comunidades quilombolas. No entanto, somente uma foi realizada no ano de 2017<sup>8</sup> e há mais de 1.500 processos em curso aguardando a finalização de sua regularização fundiária<sup>9</sup>.

Importante ressaltar que informações acerca de comunidades quilombolas ainda são reduzidas e, com o processo de globalização e o descaso do poder público houve um silenciamento da memória das lutas pela liberdade e autoafirmação, que também, foi devido ao desaparecimento de muitos documentos relativos a época da escravidão<sup>10</sup>.

Nesse sentido, o direito fundamental à memória torna-se premente para a construção desse quadro e, “pode ser concebido como fundamental simplesmente porque, sem ele, a sociedade brasileira perderia seu fundamento de coesão”, então, “é possível afirmar que o direito à memória é materialmente fundamental, exatamente por ser o guardião dos valores reconhecidos pela sociedade”<sup>11</sup>.

O direito garantido no artigo 68 do ADCT passou por um processo de construção, que inclui na sua redação o termo “remanescente”<sup>12</sup>, motivo

---

ambientais”. In: **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. 7. Vol. Palmas: Escola Superior de Magistratura Tocantinense, 2017. Cap. 9. p. 164-179. Disponível em: <<http://www.dialogoaci.com/publicacoes/>>.

<sup>7</sup> Segundo Bianca Pyl. Disponível em: <<http://diplomatie.org.br/primeira-titulacao-de-terra-quilombola-no-brasil-completa-20-anos/>> .

<sup>8</sup> Segundo a Organização Pró-Índio de São Paulo. Disponível em: <<http://comissaoiproindio.blogspot.com.br/2017/05/confira-o-andamento-dos-processos-de.html>> .

<sup>9</sup> Declaração feita pelo INCRA. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39625624>>.

<sup>10</sup> CAVALCANTE, J. P. R. **Regularização territorial do quilombo mumbuca: identidade e memória como fundamento da propriedade quilombola**. 2018. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018.

<sup>11</sup> DANTAS, Fabiana Santos. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>12</sup> Ao falar do termo “remanescentes”, adotado na Constituição Federativa de 1988, de comunidades quilombolas revela-se problemática: “Dentre as comunidades negras das áreas urbanas ou rurais, o termo remanescente pode contribuir para configurar uma nova continuidade ao grupo. Sem cair no risco das homogeneizações, para algumas dessas comunidade, o autorreconhecimento ou a autoidentificação como “remanescente” permitem sua recriação,

de muita controvérsia. Essa normativa foi um marco constitucional, vez que criou uma “categoria política e sociológica por meio da reunião de dois termos aparentemente evidentes”<sup>13</sup>, sendo eles: quilombolas e remanescentes.

Constitucionalmente falando, “tal artigo é um ato de reconhecimento (sendo autoaplicável) e também um “ato de criação social”, apesar de os legisladores não saberem ao certo como seriam os efeitos práticos da norma (quando no momento de sua criação)”<sup>14</sup>. Foi criado uma ideia de hermenêutica jurídica baseada na fantasia de “quilombo histórico metaforizado”<sup>15</sup>, que não tem aplicabilidade prática na nova realidade brasileira. À época, a discussão, “em momento algum, apontou para o futuro, mas sempre para o passado”<sup>16</sup>, o que significava que o artigo precisaria de norteadores para sua aplicação (ou compreensão).

Porém, é certo afirmar que o novo dispositivo vinha e vem para garantir o título das terras ocupadas pelos grupos remanescentes de quilombos, com a intenção de preservar a sua identidade étnica e cultural (sua territorialidade), “identidade essa que estaria ameaçada de extinção na ausência de políticas públicas voltadas para sua preservação e perpetuação”<sup>17</sup>, devendo dessa norma ser tirada a sua máxima aplicabilidade.

---

ao conjugar e produzir elementos da memória e atributos culturais que serão valorizados pelo grupo e que atuarão como elemento externo de distinção. As diferenças que podiam até então distingui-los da população local na forma de estigmas passam a ganhar positividade e o próprio termo “negro” ou “preto”, muitas vezes recusado, devido a sua estigmatização, passa a ser adotados. Constroem-se novos critérios de distinção entre aqueles que são parte das comunidades e os outros. Ao mesmo tempo, a maior visibilidade do grupo lhe dá uma nova posição em face do jogo político”. (SANTOS, 2014). SANTOS, Simone Ritta dos. **Comunidades Quilombolas: As lutas por reconhecimento de direitos na esfera pública brasileira**. Porto Alegre: Edipucrs, 2014.

<sup>13</sup> ARRUTI, José Maurício. **Mocambo: Antropologia e História do processo de formação quilombola**. Bauru, SP: EDUSC, 2006. 370 p. (Coleção Ciências Sociais).

<sup>14</sup> Cavalcante, op. cit.

<sup>15</sup> Arruti, op. cit.

<sup>16</sup> Arruti, op. cit.

<sup>17</sup> VOGT, Gabriel Carvalho. O artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) como instrumento de reparação: território, identidade e políticas de reconhecimento. **O Social em Questão**, Rio de Janeiro, Ano XVII, n.32, p. 151-164, ago. 2014. Disponível em: <[http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ\\_32\\_7\\_Vogt\\_WEB.pdf](http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_32_7_Vogt_WEB.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

## 1.1. Territorialidade quilombola

Inicialmente, o direito ao território quilombola buscou fundamentos jurídicos no princípio da função social da propriedade rural, desenvolvido no âmbito do direito agrário, que transformava a posse como um objeto de direito, apesar de ser um fato<sup>18</sup>. No caso, a posse do quilombola vai além dos entendimentos cíveis e agrários: a posse e o direito ao reconhecimento territorial são de questão constitucional, inclusive internacional, pois prevê o autorreconhecimento, invocando direitos baseados na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) referente aos povos de identidade tribal. Nesse sentido, “a identidade étnica ressurgiu das cinzas depois de ter sido negada e combatida com todas as forças pelo estado colonial e imperial, para ser o elemento caracterizador do novo direito territorial”<sup>19</sup>.

Sabe-se que os quilombos eram representados como uma forma de resistência do sistema escravocrata, como um refúgio aos indivíduos que aspiravam por liberdade e pela possibilidade de autoafirmação<sup>20</sup>. Assim, assumindo ideologicamente o termo “quilombo”, Beatriz Nascimento o define, mais amplamente, da seguinte forma:

Quilombo é uma história. Essa palavra tem uma história. Também tem uma tipologia de acordo com a região e de acordo com a época, o tempo. Sua relação com o seu território. É importante ver que, hoje, o quilombo traz pra gente não mais o território geográfico, mas o território a nível [sic] duma simbologia. Nós somos homens. Nós temos direitos ao território, à terra. Várias e várias partes da minha história contam que eu tenho o direito ao espaço que ocupo na nação. [...] Eu tenho o direito ao espaço que ocupo dentro desse sistema, dentro dessa nação, dentro desse nicho geográfico [...].<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Cavalcante, op. cit.

<sup>19</sup> Treccani, op. cit.

<sup>20</sup> Cavalcante, op. cit.

<sup>21</sup> RATTIS, Alex. **Eu sou atlântica**: sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento. São Paulo: Imprensa Oficial, 2006. 130 p.

Importante destacar que os conflitos fundiários quilombolas, apesar de buscarem fundamentos de princípios na função social da terra, são multidisciplinares. A posse quilombola difere da posse cível, que difere da posse agrária: “temos aqui a incorporação de outros elementos: espaços que garantem a reprodução física, social, econômica e cultural”<sup>22</sup>. O direito tem um conflito extracomunitário. Cabe mencionar que a apropriação quilombola também difere da condominial (artigo 1.314 do Código Civil), porque “não temos aqui frações ideais de uma propriedade, mas uma propriedade coletiva”<sup>23</sup>, não se comparando também com a posse dos assentados e acampados, pois, no quilombo, há raízes culturais e religiosas específicas<sup>24</sup>. As particularidades da posse quilombola estão resguardadas, também, no art. 19 da Convenção 169 da OIT, que orienta a garantia de programas agrários para esses povos tradicionais.

Assim, pela diversidade de conflitos fundiários que o Brasil possui é evidente que os estudos territoriais devem ser fundados, também, na antropologia, ou seja, o direito tem que caminhar junto com os conflitos que a sociedade enseja, caso contrário, ele se reduzirá a meras letras em papéis, sem qualquer efeito prático<sup>25</sup>.

Com amplos debates jurídicos e o acompanhamento das produções antropológicas acadêmicas, outros direitos passaram a ser considerados com o tempo, como o direito: à liberdade, à cultura, à etnicidade, à memória, à história, à ocupação, à proteção jurídica das minorias marginalizadas (e etc.). Pode-se dizer, grosso modo, que esses direitos foram desenvolvidos com base nos “[...] ‘processos de territorialização’ que surgem em contextos intersocietários de conflito”<sup>26</sup>. Tais processos “resultaram na criação de territórios dos distintos grupos sociais e

---

<sup>22</sup> Treccani, op. cit.

<sup>23</sup> Treccani, op. cit.

<sup>24</sup> Cavalcante, op. cit.

<sup>25</sup> Cavalcante, op. cit.

<sup>26</sup> LITTLE, Paul E.. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil**: Por uma antropologia da territorialidade. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. 29op. (Antropologia). Departamento de Antropologia - Instituto de Ciências Sociais.

mostram como a constituição e a resistência cultural de um grupo social são dois lados de um mesmo processo”<sup>27</sup>, considerando ainda que “o território de um grupo social determinado, incluindo as condutas territoriais que o sustentam, pode mudar ao longo do tempo dependendo das forças históricas que exercem pressão sobre ele”<sup>28</sup>.

A obtenção do direito a partir do exercício da posse quilombola em determinada terra envolve questões de territorialidade<sup>29</sup>, de relação direta com a coisa, não só relações externas, mas também internas, como no caso das comunidades quilombolas que enterram seus umbigos na terra<sup>30</sup>. São relações de identidade quilombola, que, através do seu direito à liberdade, à cultura, à etnicidade, reivindicam seus direitos, tornando-se uma história constante de lutas políticas.

Portanto, a territorialidade é o fator fundamental da identidade de um grupo, sendo a ocupação por ele realizada em uma modalidade de ocupação especial<sup>31</sup>. Quando se fala de territorialidade, deve-se analisar a relação da comunidade com a terra, as suas relações de pertencimento, os limites de seu território, a oralidade. “A terra constitui o elemento fundamental para a reprodução econômico-cultural destas populações”<sup>32</sup>, e sua forma de uso e (re)apropriação se condiciona a todos esses fatores tradicionais e culturais. Estão ligados “à existência de um território próprio, numa relação de interdependência”<sup>33</sup>. Todas essas garantias devem ser consideradas para que o quilombo de hoje se diferencie das condições em que ele se encontrava na ordem escravista.

---

<sup>27</sup> Little, op. cit.

<sup>28</sup> Little, op. cit.

<sup>29</sup> Paul E. Little (op. cit.) define territorialidade como [...] o esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-a assim em seu “território” ou homeland [...].

<sup>30</sup> Conforme o caso do Quilombo Machadinha, situada em Quissamã, no Estado do Rio de Janeiro.

<sup>31</sup> Girolamo Treccani (op. cit.) alerta que, apesar de os grupos terem lutas em comum, não se pode “confundir estes processos de reconhecimento de domínio, com os de regularização fundiária ou de reforma agrária realizados habitualmente pelos órgãos fundiários, nos quais o Poder Público federal ou estadual destina lotes individuais para cada família, sendo que nesses o tamanho varia conforme o tipo de exploração e a localização do imóvel”.

<sup>32</sup> Treccani, op. cit.

<sup>33</sup> Treccani, op. cit.

## 2. Estudo de caso: os entraves territoriais quilombolas na região jalapoeira

Um dos maiores conflitos existentes nas relações que englobam o direito agrário é a questão existente entre o proprietário que não possui e o não-proprietário que possui. Apesar do desenvolvimento legislativo ocorrido com o passar dos tempos, a irregularidade fundiária ainda é uma situação que enseja diversos problemas sociais, econômicos e ambientais. É um cenário que propicia insegurança jurídica e produz questionamentos acerca da eficácia das legislações existentes que determinam sobre a regularização.

Atualmente, há mais de 2.600 mil comunidades quilombolas no país já certificadas pela Fundação Palmares e mais de 250 processos em análise aguardando regularização. Um grande desafio relacionado aos territórios é a sobreposição de comunidades em áreas protegidas (Unidades de Conservação)<sup>34</sup>. Os remanescentes quilombolas sofrem tanto com o não reconhecimento de seus direitos territoriais quanto com problemas relacionados à realização do modo de vida tradicional do grupo.

O Estado do Tocantins, segundo a Secretaria da Cidadania e Justiça, possui mais de 38 comunidades reconhecidas e registradas como quilombolas pelo Governo Federal e a Fundação Cultural dos Palmares. O ex-Governador do Estado do Tocantins, José Wilson Siqueira Campos, sancionou a Lei n.º. 1.203 em 2001, criando o “Parque Estadual do Jalapão e outras providências”, que, no seu artigo 1º, objetiva “proteger a fauna, a flora e os recursos naturais, de forma a garantir o aproveitamento sustentado do potencial turístico”<sup>35</sup>.

A área do Jalapão, situada no Estado do Tocantins, é uma terra rica em água, em cultura e em beleza. Esse território abriga,

---

<sup>34</sup> Para mais, acessar: UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NO BRASIL. **Territórios remanescentes de quilombos**. Disponível em: <<https://uc.socioambiental.org/territorios-de-ocupacao-tradicional/territorios-remanescentes-de-quilombos>>.

<sup>35</sup> Parcial redação do art. 1º da Lei mencionada.



aproximadamente, 28 Comunidades Quilombolas<sup>36</sup>, dentre essas: Boa Esperança; Carrapato e Formiga; Mumbuca; Capão do Modesto/Lajeado; Região Fazenda Nova; Margens do Rio Preto e Brejo Grande; Região do Galheiro ou Galhão; e Prata (em São Félix do Tocantins).

Para uma ideia da importância ecológica dessa área de preservação em destaque, é importante citar que o PEJ, juntamente com outras Unidades de Conservação (UC's), formam o Corredor Ecológico da Região do Jalapão<sup>37</sup>, abrangendo parte de quatro Estados (Tocantins, Maranhão, Piauí e Bahia).<sup>38</sup>.

O Parque Estadual do Jalapão é uma unidade de conservação localizada na porção leste do estado do Tocantins - TO e possui uma formação geomorfológica muito peculiar, caracterizado pela evolução do relevo cuestasiforme e estratiforme, que pode ser comprovado pelas várias formações residuais observadas na região. O Jalapão está localizado no leste do Estado Tocantins, fazendo divisa com os Estados da Bahia, Maranhão e Piauí. É formado por uma área de 53,3 mil km<sup>2</sup>, sendo que 34,1 mil km<sup>2</sup> encontram-se dentro do Estado do Tocantins, englobando 15 de seus municípios: Barra de Ouro, Campos Lindos, Centenário, Goiatins, Itacajá, Itapiratins, Lagoa do Tocantins, Lizarda, Mateiros, Novo Acordo, Ponte Alta de Tocantins, Recursolândia, Rio Sono, Santa Tereza de Tocantins e São Félix do Tocantins. [...] foi criado pela Lei Estadual 1.203 de 12 de janeiro de 2001, pertence à categoria de Unidades de Conservação de Proteção Integral do Estado do Tocantins. Esta Unidade de Conservação (UC) tem por finalidade a preservação dos recursos naturais da região na qual está inserida, fato que limita suas formas de exploração, permitindo-se apenas o aproveitamento indireto de seus benefícios (NATURATINS, 2003).<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Cf. anexo 01.

<sup>37</sup> Cf. tabela constante na página 122, em: **Regularização territorial do quilombo mumbuca: identidade e memória como fundamento da propriedade quilombola**. 2018. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018.

<sup>38</sup> ICMBIO. **Atlas do Corredor Ecológico da Região do Jalapão: Projeto Corredor Ecológico Região do Jalapão**. 2013. 2 versão. Disponível em: <[http://www.icmbio.gov.br/projetojalapao/images/stories/atlas/AtlasJica\\_2013\\_COMPLETO.pdf](http://www.icmbio.gov.br/projetojalapao/images/stories/atlas/AtlasJica_2013_COMPLETO.pdf)>. Acesso em: 04 abr. 2018.

<sup>39</sup> MENDES, Leonardo Romeiro. **Aplicação de técnicas de geoprocessamento para análise geomorfológica do Parque Estadual do Jalapão (TO) e entorno**, 63 p., 288 mm, (UnB-IH-GEA-LSIE, Mestrado, Gestão Ambiental e Territorial, 2008).

As comunidades quilombolas sobrepostas pelo PEJ sofrem uma insegurança jurídica desde a implementação da Área de Preservação Permanente no seu território, tendo em vista que até os tempos atuais, os seus territórios não se encontram regularizados. Com isso, os moradores se vêm impossibilitados de realizarem algumas tarefas tradicionais<sup>40</sup> por estarem dentro de uma Área de Preservação Permanente, “apesar de dividirem o mesmo espaço, essas comunidades apresentam distintas matrizes culturais, assim como perspectivas dessemelhantes sobre a conservação do meio ambiente”<sup>41</sup>.

Em 2007, o INCRA/TO relacionou cinco UC's na região, que “se avizinham e, em alguns casos, se sobrepõem”<sup>42</sup>, sendo elas: Estação Ecológica Serra Geral do Tocantins; APA Federal da Serra Tabatinga; Parque Nacional das Nascentes do Rio Parnaíba; APA Estadual do Jalapão; e Parque Estadual do Jalapão, concluindo que a “riqueza de órgãos de defesa e proteção ambiental”<sup>43</sup> na mesma região “põe em relevo a fragilidade daquele ecossistema e a importância da atenção e cuidados que devem preceder quaisquer interferências naquele ambiente”<sup>44</sup>, que pode estar em risco diante do turismo (ou extrativismo) exacerbado.

Foi partindo dessa premissa que o laudo de visita preliminar do INCRA/TO, feito em 2007, listou dois fatos importantes que estariam impedindo a consolidação da UC e dificultando as ações de proteção ambiental. Seriam eles: 1) o fato de englobar toda a área ocupada pelo

---

<sup>40</sup> Conflitos socioambientais advindos de práticas centenárias e costumeiras vividas pela Comunidade Mumbuca, para o seu auto sustento, que passaram a ser criminalizadas pelos órgãos de fiscalização ambiental. Os motivos das infrações são para atividades de subsistência: utilização de madeira para construção de sedes e casas, e a utilização da roça de toco. (BATISTA; PAINKOW; FORMIGA, op. cit.)

<sup>41</sup> BATISTA, Leonardo Matheus Barnabé; PAINKOW, Jéssica; FORMIGA, Armando Soares de Castro. Preservação da cultura e os conflitos socioambientais: os povos quilombos no Estado do Tocantins e o dilema entre direitos fundamentais e sanções ambientais. In: CAÔLA, Bleine Queiroz; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas; CARMO, Valter Mora do (Org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. 7. ed. Palmas: Escola Superior de Magistratura Tocantinense, 2017. Cap. 9. p. 164-179.

<sup>42</sup> INCRA/TO. **MEMO/INCRA/SR-26/DOEF/N.104**. 54400.001301/2006-71. Comunidade de Mumbuca, Palmas-TO. 04.08.2006.

<sup>43</sup> INCRA/TO, op. cit.

<sup>44</sup> INCRA/TO, op. cit.

Quilombo Mumbuca; e 2) o fato da “não desapropriação pelo Estado das propriedades particulares abrangidas pelo perímetro do parque”<sup>45</sup>.

As UC's têm suas peculiaridades naturais relevantes, que são “legalmente instituídas pelo Poder Público, com objetivo de conservação da natureza”<sup>46</sup>. A Lei n.º. 9.985, de 18 de julho de 2000, é a norma regulamentadora do art. 225, parágrafo 1º, incisos I, II, III e VII da CF/88, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), estabelecendo “critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação, conforme preza o artigo 1º da lei que o institui (Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000)”<sup>47</sup>.

A CF/88, ao mesmo tempo, assegura a proteção ambiental dessas áreas, os direitos territoriais das comunidades remanescentes de quilombos<sup>48</sup> e suas práticas culturais<sup>49</sup>. O SNUC também prevê, no artigo 4º, inciso XIII, a proteção dos “recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente”, e, no seu artigo 5º, inciso X, garante “às populações tradicionais cuja subsistência dependa da utilização de recursos naturais existentes no interior das unidades de conservação” os “meios de subsistência alternativos ou a justa indenização pelos recursos perdidos”.

O SNUC apresenta dois tipos de UC's: as Unidades de Proteção Integral (proíbe ocupação humana) e as Unidades de Uso Sustentável (permite a presença humana). O PEJ se caracteriza como de Proteção Integral, ou seja, é proibida a ocupação humana e, se não for “o caso do Refúgio de Vida Silvestre e no Monumento Natural, os quilombolas deverão sair”<sup>50</sup>. Assim entendido, conforme o artigo 42 do SNUC, as comunidades quilombolas que forem realocadas deverão ser “indenizadas

---

<sup>45</sup> INCRA/TO. op. cit.

<sup>46</sup> Treccani, op. cit.

<sup>47</sup> BATISTA; PAINKow; FORMIGA, op. cit.

<sup>48</sup> Art. 68 ADCT.

<sup>49</sup> Artigos 215, caput, § 1º e 3º, I e II; e 216, I, II e IV da CF/88; e a Convenção 169 da OIT.

<sup>50</sup> Treccani, op. cit.

ou compensadas pelas benfeitorias existentes acordado entre as partes”, e o reassentamento<sup>51</sup> “respeitará o modo de vida e as fontes de subsistência das populações tradicionais”<sup>52</sup>.

Tal hipótese não poderia nem ao menos existir, pois, “um sistema de unidades de conservação que exclua a princípio populações que representam a riqueza da diversidade humana e cultural das reservas naturais do Brasil, que desenvolveram durante gerações práticas”<sup>53</sup> culturais, que são (obviamente) harmônicas com o meio no qual elas estão inseridas, dado que, se o ambiente em volta das comunidades (ainda) existe é porque ele foi preservado, então “o processo de desenvolvimento do conceito de sustentabilidade”<sup>54</sup> deveria rever suas diretrizes, pois essas comunidades têm muito com o que contribuir.

Diante desta situação existem quatro possibilidades: a) suprime-se a unidade de conservação; b) altera-se de uso indireto para uso direto; c) são alterados seus limites; d) a comunidade é remanejada. Acreditamos que se estas áreas permaneceram reservadas ao longo dos séculos isso se deveu graças ao tipo de ocupação e uso dos recursos feito pelos quilombolas, portanto estamos diante da necessidade de manter a presença destas populações, abrindo exceção à regra geral.<sup>55</sup>

Assim, seguindo essa linha, o laudo do INCRA/TO no processo de regularização fundiária da Comunidade Mumbuca tomava como

---

<sup>51</sup> O Reassentamento das Comunidades é regulado pelo Decreto n. 4.340/2002, nos artigos 35 ao 39. O art. 39 apresenta como deve se dar o processo de transição: “Enquanto não forem reassentadas, as condições de permanência das populações tradicionais em Unidade de Conservação de Proteção Integral serão reguladas por termo de compromisso, negociado entre o órgão executor e as populações, ouvido o conselho da unidade de conservação. §1º O termo de compromisso deve indicar as áreas ocupadas, as limitações necessárias para assegurar a conservação da natureza e os deveres do órgão executor referentes ao processo indenizatório, assegurados o acesso das populações às suas fontes de subsistência e a conservação dos seus modos de vida. §2º O termo de compromisso será assinado pelo órgão executor e pelo representante de cada família, assistido, quando couber, pela comunidade rural ou associação legalmente constituída. §3º O termo de compromisso será assinado no prazo máximo de um ano após a criação da unidade de conservação e, no caso de unidade já criada, no prazo máximo de dois anos contando da publicação deste Decreto. §4º O prazo e as condições para o reassentamento das populações tradicionais estarão definidos no termo de compromisso”.

<sup>52</sup> Redação do artigo 35 do Decreto n.º. 4.340/2002.

<sup>53</sup> Treccani, op. cit.

<sup>54</sup> Treccani, op. cit.

<sup>55</sup> Treccani, op. cit.

providência urgente e indispensável para a consolidação do PEJ a “exclusão da Área Remanescente do Quilombo Mumbuca de seu perímetro”<sup>56</sup>. O problema seguinte estaria (está) na seguinte questão: o território ocupado é uma área total caracterizada pela Comunidade como insuficiente, e, conseqüentemente, ela reivindica o aumento do perímetro (o que acabaria englobando partes do Parque referentes à APP e nascentes). Tal problema existente no Mumbuca se estende para as Comunidades Quilombolas dos entornos que o perímetro do PEJ sobrepõe (Carrapato, Formiga, Ambrósio e etc...).

Importante salientar que algumas partes de seu território foram abdicadas pela Comunidade em favor do PEJ, “devido às inúmeras nascentes ali encontradas”, mas, particularmente, necessitam (os Mumbuca) das bordas da Serra do Espírito Santo (o local onde o capim dourado é colhido e que está protegido pelo PEJ), que foi um lócus reivindicado para ser englobado dentro dos limites territoriais, considerando sua importância para o desenvolvimento econômico da sociedade e ressaltada “a importância de considerar as áreas ocupadas pelos antepassados, que foram prejudicadas com o passar do tempo”<sup>57</sup>.

A criação desses espaços de proteção interfere na vida das comunidades quilombolas e inviabiliza as atividades econômicas tradicionais, no caso do Mumbuca, as roças de toco, a extração de madeira para fabricação de casas e etc. Ainda, os quilombolas assentados na área do PEJ sofrem conflitos socioambientais, já que as práticas centenárias e costumeiras vividas pelas comunidades para o autossustento passaram a ser criminalizadas pelos órgãos de fiscalização ambiental. Quando se trata do direito ao uso da terra onde sobrevivem, muitos quilombos dependem da subsistência do solo, do uso da madeira extraída no próprio terreno para a fabricação de casas, plantio e alimento<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> INCRA/TO, op. cit.

<sup>57</sup> INCRA/TO, op. cit.

<sup>58</sup> cf. Tabela de autuações ambientais nas páginas 88/89, em: **Regularização territorial do quilombo mumbuca: identidade e memória como fundamento da propriedade quilombola**. 2018. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018.

Ademais, a biodiversidade existente no PEJ é, em grande parte, gerada pela garantia das populações tradicionais que lá sobrevivem. As práticas costumeiras das comunidades nunca interferiram na flora ou na fauna do local e não devem ser afetadas com a implementação dessas áreas de proteções. Inclusive, o que vem deteriorando a biodiversidade do local, violando o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável é a prática exacerbada e descontrolada do turismo, sem fiscalização alguma pelo Poder Público.

Contudo, essa questão ainda não foi solucionada (pelo INCRA, órgão ambientais e correlatos) e afeta diretamente a forma de vida e as práticas culturais adotadas não só pela Comunidade Mumbuca, mas pelos outros quilombos da região, que estão com o processo de regularização até o momento paralisado (sendo o último andamento em 2014), aguardando andamento no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) – em Brasília.

### **Considerações finais**

Toda essa complexa realidade instiga a realização de um estudo mais detalhado que possa sensibilizar os operadores do Direito, bem como todos aqueles que atuam na área, e é isso que motiva essa pesquisa. Quando se trata de sobreposição fundiária de unidades de conservações em terras ocupadas por quilombolas, é importante dar ênfase aos diálogos voltados para a interculturalidade, ao sentimento de pertença do grupo, à uma identidade cultural comunal, que acaba gerando a mobilização social.

Apesar da CF/88 ter intensificado os discursos em torno de luta histórica das comunidades quilombolas, ao reconhecer o direito aos territórios ocupados por comunidades remanescentes de quilombos, o conflito em torno da regulamentação das terras e suas consequências permanecem, como percebe-se do relato feito por moradores das comunidades quilombolas no Tocantins (na região jalapoeira).

A regularização fundiária de terras quilombolas é um tema atual e de suma importância para a sociedade: engloba o direito à memória (um dos direitos humanos) como ferramenta fundamental para dar visibilidade à história quilombola, tornando-se um elemento reforçador de sua cultura; ainda, aplica os direitos humanos em face dos princípios e direitos fundamentais dos quilombolas.

## Referências

- ARRUTI, José Maurício. **Mocambo**: Antropologia e História do processo de formação quilombola. Bauru, SP: EDUSC, 2006. 370 p. (Coleção Ciências Sociais).
- BATISTA, Leonardo Matheus Barnabé; PAINKOW, Jéssica; FORMIGA, Armando Soares de Castro. Preservação da cultura e os conflitos socioambientais: os povos quilombos no Estado do Tocantins e o dilema entre direitos fundamentais e sanções ambientais. In: CAÔLA, Bleine Queiroz; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas; CARMO, Valter Mora do (Org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. 7. ed. Palmas: Escola Superior de Magistratura Tocantinense, 2017. Cap. 9. p. 164-179.
- CAVALCANTE, J. P. R. **Regularização territorial do quilombo mumbuca**: identidade e memória como fundamento da propriedade quilombola. 2018. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018.
- CHACPE, Juliana Fernandes. Territórios quilombolas e unidades de conservação de proteção integral: desafios da conciliação na Administração Federal. (Dissertação de mestrado). **Centro de Desenvolvimento Sustentável**. Universidade de Brasília, Brasília, 2014. 150 p.
- ICMBIO. **Atlas do Corredor Ecológico da Região do Jalapão**: Projeto Corredor Ecológico Região do Jalapão. 2013. 2 versão. Disponível em: <[http://www.icmbio.gov.br/projetojalapao/images/stories/atlas/AtlasJica\\_2013\\_COMPLETO.pdf](http://www.icmbio.gov.br/projetojalapao/images/stories/atlas/AtlasJica_2013_COMPLETO.pdf)>. Acesso em: 04 abr. 2018.
- INCRA/TO. **MEMO/INCRA/SR-26/DOEF/N.104**. 54400.001301/2006-71. Comunidade de Mumbuca, Palmas-TO. 04.08.2006.
- INCRA/TO. **MEMO/INCRA/SR-26/F N.752**. 54400.002837/2009-56. Comunidade Carrapato, Formiga e Ambrósio, Palmas-TO. 16.10.2009.

LITTLE, Paul E.. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil:** Por uma antropologia da territorialidade. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. 290p. (Antropologia). Departamento de Antropologia - Instituto de Ciências Sociais.

MENDES, Leonardo Romeiro. **Aplicação de técnicas de geoprocessamento para análise geomorfológica do Parque Estadual do Jalapão (TO) e entorno**, 63 p., 288 mm, (UnB-IH-GEA-LSIE, Mestrado, Gestão Ambiental e Territorial, 2008).

RATTS, Alex. **Eu sou atlântica:** sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento. São Paulo: Imprensa Oficial, 2006. 130 p.

SANTOS, Simone Ritta dos. **Comunidades Quilombolas:** As lutas por reconhecimento de direitos na esfera pública brasileira. Porto Alegre: Edipucrs, 2014.

TRECCANI, Girolamo Domenico. **Terras de Quilombo:** Caminhos e Entraves do Processo de Titulação. Belém: Secretaria Executiva de Justiça. Programa Raízes, 2006

VOGT, Gabriel Carvalho. O artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) como instrumento de reparação: território, identidade e políticas de reconhecimento. **O Social em Questão**, Rio de Janeiro, Ano XVII, n.32, p. 151-164, ago. 2014. Disponível em: <[http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ\\_32\\_7\\_Vogt\\_WEB.pdf](http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_32_7_Vogt_WEB.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

**Anexo 1:** Tabela listando as comunidades existentes nos entornos do PEJ.

Localidade	Nº de Famílias	Nº de Moradores		
		Adultos	Crianças	Total
Carrapato/Formiga	43	39	65	104
Mumbuca	52	95	74	169
Boa Esperança e região	54	128	118	246
• As Pedras		02	-	02
• Bacaba		02	07	09
• Boa Esperança		30	29	59
• Borá		18	23	41
• Bragança				



• Brejo Danta		06	12	18
• Taboca		03	01	04
• Brejo dos Cavalos		02	04	06
• Brejo Escuro				
• Brejo da Passagem		09	06	15
• Espírito Santo				
• Forquilha		20	13	33
• Maximino		02	-	02
• Mumbuquinha		14	14	28
• Pastos Bons		08	06	14
• Praia Rica				
• Rapadura		05	02	07
• Retiro		02	01	03
• Sussuapara/Chupé		04	-	04
• Visão				
• Jacurutu				
Capão do Modesto/Lajeado	05	12	12	24
Região Fazenda Nova	24	43	59	102
Margens do Rio Preto e Brejo Grande	15	45	48	93
Região do Galheiro ou Galhão	16	34	35	69
Prata (em São Félix do Tocantins)	62	123	141	264

Fonte: MMA- PROBRIO. Plano de Desenvolvimento Sustentável – Entorno do Parque Estadual Jalapão<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> Tabela extraída dos autos de processo n. 54400.001301/2006-71. (INCR/TO, op. cit.).



## **Uma análise crítica do entendimento do tribunal superior do trabalho sobre a aplicação do artigo 93 da lei nº 8.213/91 pela teoria do enfoque das capacidade de Martha C. Nussbaum**

*Larissa de Oliveira Elsner*<sup>1</sup>

### **Introdução**

O direito ao trabalho é um direito humano, disposto em normativas internacionais, e um direito fundamental, pois está previsto no rol de direitos sociais da Constituição Federal Brasileira de 1988. O trabalho também é considerado uma capacidade básica do ser humano, classificação essa que é apresentada na teoria do enfoque das capacidades de Martha C. Nussbaum. As pessoas com deficiência possuem garantido o seu direito ao trabalho, tanto na legislação internacional como na nacional, e também dispõem da capacidade básica para exercer o direito ao trabalho.

Este estudo intenta analisar como a legislação que regula a reserva de vagas de emprego formal para pessoas com deficiência nas empresas privadas (art. 93 da Lei nº 8.213/91) tem sido aplicada nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho-TST, particularmente no que se refere a obrigatoriedade de contratação de novo empregado com deficiência ou reabilitado antes mesmo de se realizar a demissão de um funcionário que

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (Conceito CAPES 6). Bolsista Programa de Excelência Acadêmica - PROEX/CAPES. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Advogada. E-mail para contato: larissaelsner@hotmail.com

ocupa a cota de emprego, mediante uma análise crítica fundamentada na teoria do enfoque das capacidades de Nussbaum.

A metodologia aplicada na pesquisa é de natureza qualitativa, pelos métodos da revisão bibliográfica, em que foram estudadas as bases teóricas, e documental, na análise das decisões judiciais do TST.

## **1. Breves considerações sobre o conceito de dignidade humana e a lista de capacidades**

O conceito dignidade humana está presente nas legislações domésticas e internacionais, sustenta a fundamentação dos direitos humanos, e é frequentemente referido no cenário político, como destaca Barretto, “usado indistintamente por liberais, democratas e autoritários, todos procurando vestir com o manto sagrado da dignidade práticas políticas contraditórias”<sup>2</sup>. Pode-se atribuir ao uso deliberado desse conceito o fato de ser algo reconhecido internacionalmente pela comunidade global, e por esta razão, é constantemente referido enquanto argumento de peso, mas também é possível refletir que o desconhecimento acerca da base que estrutura este conceito é o motivo pelo qual ele pode ser apresentado em argumentações contraditórias. Não se pretende explorar a razão exata do uso deliberado do conceito de dignidade humana<sup>3</sup>. Todavia, entende-se oportuno apresentar esses questionamentos como norte à discussão a qual se pretende neste trabalho. Duas concepções acerca do conceito serão estudadas: a primeira, de autores como Barretto e Rosen que a estruturaram pela influência de Kant; e a construção do conceito de dignidade humana proposto por Nussbaum, sedimentado na perspectiva Aristotélica, a qual a autora utiliza para fundamentar sua teoria do enfoque das capacidades.

---

<sup>2</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Prefácio à edição brasileira. In: ROSEN, Michael. **Dignidade**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2015, p.11.

<sup>3</sup> Michael Rosen, em sua obra “Dignidade”, aprofunda o questionamento suscitado neste trabalho acerca do motivo pelo qual o conceito de dignidade humana é invocado de várias formas e por argumentos antagônicos. Para tanto, o autor retoma a origem clássica do conceito, apresentando e refletindo sobre alguns significados que são empregados ao conceito. Para maiores informações sobre esta temática, ver: ROSEN, Michael. **Dignidade**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2015.

O conceito de dignidade humana no espaço da teoria do direito, para Barretto, é um conceito novo, relacionando o seu aparecimento enquanto princípio jurídico na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual teria possibilitado a afirmação do imperativo desse conceito em diversos outros documentos internacionais e Constituições. Todavia, o autor refere que a dignidade humana enquanto princípio de referência moral e obrigatória já era utilizada anteriormente a esse marco normativo, como fundamento moral pela tradição ocidental<sup>4</sup>, como por exemplo no século XIX, quando foi exaltada para combater a escravidão<sup>5</sup>. Nesse sentido, o estudo da dignidade humana pode ser desenvolvido tanto pela perspectiva jurídica, ou seja, enquanto um princípio que pode ser invocado diretamente em juízo, como na perspectiva ético-filosófica, em que se observa os elementos que estruturaram este conceito com referência aos fatos históricos e o desenvolvimento das sociedades. Contudo, para melhor compreender como o conceito da dignidade humana tornou-se um conceito jurídico, necessário que os elementos do estudo ético-filosófico sejam realizados de forma conjunta, sob pena de não se entender a base que estrutura a palavra dignidade.

Barretto ressalta que essa proposição de estudo não têm sido observada pela teoria do direito brasileiro, pois desde o advento da Constituição Federal de 1988, quando a dignidade humana passou a ser reconhecida na cultura jurídica brasileira como referência obrigatória para a solução de questões judiciais, não foi consolidado uma “reflexão que delimite sua conceituação própria e mostre em que medida se insere no sistema jurídico”<sup>6</sup>. Refere ainda que pouco tem se refletido sobre os fundamentos ético-filosóficos que compõem a estrutura deste conceito, o que significa que “essa falta de reflexão crítica sobre tema de tamanha importância na cultura jurídica

---

<sup>4</sup> Barreto e Lauxen também analisam a origem do conceito de dignidade humana mediante uma revisão de fatos históricos e principais autores que se ocuparam de definir tal conceito, utilizando dessa linha do tempo para demonstrar como se desenvolveu a estrutura do que hoje entendemos por dignidade humana em seu sentido jurídico. Maiores informações em: BARRETO, Vicente de Paulo; LAUXEN, Elis Cristina Uhry. A (re) construção da ideia de dignidade humana. Rio de Janeiro: *Revista Quaestio Iuris*, vol. 11, n.01, 2018, p.67-88. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/1630>. Acesso em: 01 ago. 2019.

<sup>5</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58.

<sup>6</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58.

brasileira tem tido como consequência o emprego indiscriminado do princípio para tudo abranger e justificar”<sup>7</sup>, o que na visão do autor é realizado da mesma forma com a expressão “direitos humanos”. O autor ainda atribui essa falta de elaboração teórica ao fato de que a palavra não é um conceito propriamente jurídico, sua origem não se estabeleceu na teoria do direito, mas sim foi introduzida posteriormente a ela.

Portanto, para o estabelecimento do conceito jurídico de dignidade humana, na visão de Barretto, necessita-se ter claro a distinção desse a outros conceitos comuns da teoria do direito que lhe são próximos, em especial ao conceito de direitos humanos. A diferença entre os conceitos de dignidade humana e de direitos humanos é verificada por meio da seguinte análise filosófica construída por Barretto: ambos os conceitos situam-se no mesmo plano, a saber, referem-se à pessoa, sendo a dignidade referente a essência do ser humano, enquanto os direitos humanos<sup>8</sup> estão relacionados a proteção da liberdade do indivíduo em relação a qualquer tipo de arbitrariedades do exercício do poder, em especial a dois fenômenos ocorridos no século XX, o regime nazista e a biomedicina<sup>9</sup>. Em síntese, destaca Barretto acerca da diferenciação dos conceitos de dignidade humana e direitos humanos:

Em outras palavras, a dignidade humana designaria não o ser homem, o indivíduo, mas a humanidade que se encontra em todos os seres humanos. Enquanto os direitos humanos representaram a defesa da liberdade diante do despotismo, a dignidade humana significou a marca da humanidade diante da barbárie<sup>10</sup>.

Assume-se então essas distinções entre dignidade humana e direitos humanos, ao mesmo passo que se reconhece a ligação entre os conceitos,

---

<sup>7</sup> Ibid, p. 57.

<sup>8</sup> Para maiores esclarecimentos acerca do estabelecimento do conceito de direitos humanos no cenário jurídico, ver: BARRETTO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. In.: STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (orgs.). **20 anos de constituição: os direitos humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo, RS: Oikos, 2009, p.257-271.

<sup>9</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59.

<sup>10</sup> Ibid., p. 60.

como bem esboçado por Rosen quando refere que “a dignidade é elemento central do moderno discurso dos direitos humanos, o mais próximo que chegamos de um modelo internacionalmente aceito para a regulação normativa da vida política, tendo sido incorporada a inúmeras constituições, convenções internacionais e declarações”<sup>11</sup>. Assim, tanto para Rosen como para Barretto, a recepção do conceito de dignidade humana enquanto princípio jurídico e sua implementação posterior enquanto elemento central do discurso moderno dos direitos humanos, deve-se a contribuição teórica do filósofo alemão Immanuel Kant, que viveu de 1724 a 1804, tendo entre suas principais obras, como salientam Lemos e Barretto, a tríade *Crítica da Razão Pura*, *Crítica da Razão prática* e *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*<sup>12</sup>.

A contribuição kantiana para a definição do princípio da dignidade humana foi determinante, tendo em vista que a discussão que se processa na contemporaneidade em torno do assunto tem como interlocutor precisamente o filósofo iluminista. Quando buscamos o conteúdo do princípio da dignidade humana estamos fazendo referência antes de tudo a uma conceituação propriamente filosófica, como aquela sustentada por Kant<sup>13</sup>.

O desenvolvimento do conceito de dignidade perpassa algumas obras de Kant<sup>14</sup>, e como esclarece Barretto, é possível encontrar diferentes definições para esse conceito na produção do filósofo<sup>15</sup>, o que torna o

<sup>11</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2015, p.24.

<sup>12</sup> LEMOS, Fabrício José Rodrigues de; BARRETTO, Vicente de Paulo. Uma abordagem compreensiva da dignidade humana. Rio de Janeiro: **Revista Quaestio Iuris**, vol. 08, n.03, 2015, p.1815-1826. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18819/14178>. Acesso em: 01 ago. 2019.

<sup>13</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69-70.

<sup>14</sup> Barretto e Andrighetto aprofundam mais as contribuições da teoria de Kant para o direito, pelo estudo do conceito de dignidade e de moral. Nesse textos, os autores referem que “Kant desempenhou um papel importante ao relacionar a dignidade com a idéia de que os seres humanos são dotados de um valor intrínseco, incondicional, e por esta referência à sua famosa afirmação de que todos os seres humanos devem sempre ser tratados como fins em si mesmos, é que são feitos tantos esforços para traduzir o princípio do respeito pela dignidade em decisões judiciais e morais praticas, a fim de compreender o termo dignidade em sua estrutura e aplicação”. BARRETTO, Vicente de Paulo; ANDRIGHETTO, Aline. Direito e Moral: concepções sobre não-violência. Rio de Janeiro: **Revista Quaestio Iuris**, vol. 11, n.02, 2018, p.889-923. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/30131/24053>. Acesso em: 01 ago. 2019.

<sup>15</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 65.

pensamento de Kant algo de não tão fácil compreensão, ou como define Rosen: “não é nada óbvio”<sup>16</sup>. Todavia, amparado nas leituras desses autores, é possível concluir que duas máximas norteiam o conceito de dignidade humana de Kant: “não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana”<sup>17</sup>, sendo a primeira originária no imperativo categórico de Kant, o qual estabelece que a pessoa não seja nunca utilizada como um meio da vontade de outra pessoa, mas sim como um fim em si mesma, o que nas palavras de Barreto significa que: “o princípio da dignidade humana impede, portanto, que se reifique o ser humano, utilizando-o como uma coisa inteiramente sujeita a um fim que não seja ele mesmo”<sup>18</sup>. E sobre a segunda máxima, o autor esclarece que se trata de uma leitura abrangente, na qual considera que o ser humano não é um espírito puro, ou seja, possui necessidades que devem ser atendidas para livrá-lo da sujeição e da degradação. Entre essas necessidades, Barretto refere o acesso a um trabalho decente, à moradia e aos cuidados de saúde<sup>19</sup>. Essas máximas também podem ser observadas na estruturação de Rosen acerca do conceito Kantiano de dignidade, qual seja:

Acima de tudo, para Kant, dizer que uma coisa possui dignidade não significa atribuir-lhe um valor substantivo, mas dizer que possui certa espécie de valor – intrínseco, incondicional e incomparável. Somente uma coisa, contudo, possui esse valor intrínseco, incondicional e incomparável: a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade. A dignidade da lei moral torna os seres humanos – sua personalização – dignos de respeito uns pelos outros e, igualmente importante, respeitar-se a si próprios. A presença da lei moral nos seres humanos possui um duplo caráter: torna-os intrinsecamente valiosos, ao mesmo tempo que em que lhes prescreve o modo como devem agir<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup>ROSEN, Michael. **Dignidade**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2015, p.38.

<sup>17</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.70.

<sup>18</sup> Ibid., p.70.

<sup>19</sup> Ibid., p.71.

<sup>20</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2015, p.46.



A concepção de Kant sobre a dignidade humana, em que pese sua inquestionável importância, não é a base teórica escolhida por Nussbaum para estruturar sua teoria do enfoque das capacidades. A autora defende a concepção Aristotélica acerca da dignidade humana e entende que esta escolha seria mais um distanciamento fundamental do contratualismo de Rawls que, com base em Kant, afirma que a personalidade dos seres humanos (moral e prudencial) reside na racionalidade e não nas necessidades que os seres humanos compartilham com os animais. Dessa forma, a autora justifica que sua teoria pretende explorar a ideia de homem enquanto animal político de Aristóteles, aliada a concepção de Marx sobre as necessidades, na seguinte estrutura:

O enfoque das capacidades, ao contrário, considera a racionalidade e a animalidade completamente unificados. Partindo da noção aristotélica do ser humano como um animal político, e da ideia de Marx de que o ser humano é uma criatura “que necessita de uma pluralidade de atividades vitais”, considera a racionalidade simplesmente um aspecto da animalidade, e, certamente, não como o único aspecto pertinente à noção de funcionalidade verdadeiramente humana. Em termos gerais, o enfoque das capacidades considera que há muitos tipos diferentes de dignidade animas no mundo, e que todas merecem respeito e um tratamento justo<sup>21</sup>.

Nussbaum também critica a racionalidade defendida por Rawls, com amparo da teoria kantiana, pois seria uma idealização que se contrapõe a natureza animal, e defende que a “racionalidade consiste somente em uma variedade de formar de raciocínio prático, que é um dos modos de funcionalidade dos animais”, assim como o é a socialidade e a necessidade corporal. Logo, a dignidade do ser humano não é definida tão somente pela sua funcionalidade de raciocínio, mas sim, pelo fato de ser um animal social que possui necessidades, inclusive necessidades de cuidado, todas essas compondo assim aspectos da dignidade humana. Ainda sobre a perspectiva

---

<sup>21</sup> NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.196.

de Nussbaum acerca da dignidade humana, D`Andréa e Silvestre apresentam as seguintes considerações:

Segundo a abordagem proposta neste trabalho, de embasamento aristotélico, esse agir orientado trata-se de uma sabedoria prática, reiterada e educada para que a repercussão dos atos individuais sejam entendidos em todas as suas dimensões, não em uma escala de pesos e medidas, como meio para atingir uma finalidade, mas orientados a evitar prejudicar uma única vida, admitindo que nenhuma e nenhum aspecto da dignidade humana tenha que ser dado em sacrifício, nem mesmo por vontade própria, como partes de um todo coeso e reflexo.<sup>22</sup>

Outro fator de destaque pela autora é a vulnerabilidade enquanto uma característica inerente a condição humana. Nussbaum reconhece que “somos seres animais necessitados e temporários, que começamos como bebês e terminamos, muitas vezes, em outras formas de dependência”<sup>23</sup>. Portanto, a racionalidade e sociabilidade também são temporais, diante das vulnerabilidades as quais os seres humanos podem experimentar ao longo da sua vida. E sobre a sociabilidade, Nussbaum destaca que essa pode ser consolidada por relações simétricas entre seres humanos, assim como defendida por Rawls, mas também, e aqui se verifica o acréscimo da teoria do enfoque das capacidades, em relações não simétricas que podem ainda conter reciprocidade e verdadeira funcionalidade humana<sup>24</sup>.

A produtividade, que é um conceito vinculado a noção de vantagem mútua defendida pela teoria contratualistas de Rawls, também é questionada pela visão de Nussbaum sobre a dignidade humana, no sentido de que “não somos obrigados a ser produtivos para ganharmos o respeito do outro. Temos direito ao respeito em função da dignidade mesma de nossas

---

<sup>22</sup> D`ANDRÉA, Donizete; SILVESTRE, Ana Carolina Faria. **Dignidade Humana: um enfoque a partir da abordagem das capacidades de Martha Nussbaum**. Minas gerais: FDSM, Anais, 2018. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/graduacao/arquivos/nucleo-de-pesquisa/iniciacao-cientifica/anais-2018/artigos/06.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.

<sup>23</sup> NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.197.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p.196.

necessidades humanas”<sup>25</sup>. Sendo assim, o ser humano é visto como um animal social, que possui necessidades e tem entre suas funcionalidades o raciocínio prático e a produtividade. Elementos esses que podem entrar em “declínio”, diante das vulnerabilidades as quais o ser humano está exposto, sendo possível que em algum momento de sua vida, assim como no início quando era apenas um bebê, tenha necessidade de cuidados.

## **1.2 Análise da lista das capacidades humanas centrais: o trabalho enquanto uma capacidade básica**

A teoria do enfoque das capacidades, conforme esclarece Nussbaum, não é uma doutrina política sobre os direitos básicos, nem uma doutrina moral abrangente<sup>26</sup>, mas compreende uma lista que comporta um rol de garantias constitucionais, e que “tais direitos deveriam ser subsequentemente implementados pela ação tanto legislativa quanto judicial”<sup>27</sup>. Ademais, como já mencionado, a base fundamental da teoria do enfoque das capacidades é a dignidade humana, a qual a autora classifica como uma ideia intuitiva, básica para o ordenamento constitucional de muitas nações e de natureza internacional.

A lista das capacidades de Nussbaum pode ser dividida em três grandes grupos: o primeiro referente a saúde física do indivíduo, como a preservação de seu corpo, tanto em relação ao impedimento de qualquer ato de violência, como a proteção do direito de reprodução<sup>28</sup>. No segundo, as capacidade acerca da liberdade de pensamento, a manutenção das relações afetivas entre os seres humanos e a capacidade de formar uma concepção de bem e de ocupar uma reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida, incluindo a capacidade 7<sup>o</sup>), intitulada de afiliação, que é

---

<sup>25</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.196.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.191.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p.191-192.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p.91-92.

subdividida em duas partes: “a) ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, [...] (proteger esta capacidade significa proteger as instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e também protegem a liberdade de associação e de expressão política)”<sup>29</sup>; e “b) ter as bases sociais de autorrespeito e não humilhação”<sup>30</sup>, ou seja, aqui se preserva a dignidade humana e o direito de não sofrer discriminação por qualquer motivo. E o último grupo, com as capacidades “8º) Outras espécies”, “9º) lazer” e “10º) controle sobre o próprio ambiente”<sup>31</sup> são mais particulares entre si, carecendo alguns detalhamentos. Nussbaum define que a capacidade oitava como a de “ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza”<sup>32</sup>. O respeito ao meio ambiente reforça o entendimento de dignidade construído pela autora a partir dos ensinamentos Aristotélicos, no sentido de que o homem não confronta sua animalidade, a respeita e entende que é um animal social. Já a capacidade do lazer, se traduz nas habilidades de rir, brincar, gozar de atividades recreativas, enfim, poder se divertir. E a décima capacidade, é subdividida em duas partes, as quais cabe a transcrição das palavras de Nussbaum:

10. Controle sobre o próprio ambiente.

A. Político. Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito à participação política, proteções de liberdade de expressão e associação.

B. Material. Ser capaz de ter propriedade (tanto de bens imóveis quanto de móveis) e ter direitos de propriedade em base igual à dos outros; **ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais**; ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. **No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de**

---

<sup>29</sup> Ibid., p.93.

<sup>30</sup> Ibid., p.93.

<sup>31</sup> NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.93.

<sup>32</sup> Ibid., p.93.

**relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com demais trabalhadores**<sup>33</sup>. (grifo nosso)

A lista das dez capacidades de Nussbaum reafirma assim sua ideia de dignidade humana, a qual a autora sustenta que uma vez ausente na vida de um indivíduo qualquer uma das capacidades listadas, essa vida não pode ser considerada uma vida apropriada e condizente com os preceitos de dignidade humana. Defende ainda que o enfoque das capacidades é uma proposta universal, pois as capacidades são importantes para todo e qualquer cidadão, em toda e qualquer nação, e cada pessoa deve ser tratada como um fim. Assim, reitera que o enfoque “é, dessa forma, similar à abordagem dos direitos humanos internacionais”<sup>34</sup>. Confirma-se então que as capacidades listadas por Nussbaum são, em sua maioria, tradução dos direitos humanos previstos nos marcos normativos internacionais, em que se destaca a última delas, a capacidade ao trabalho ou o direito humano ao trabalho, a qual irá se estudar no próximo tópico, no tocante às pessoas com deficiência, a fim de se verificar como o judiciário brasileiro, em especial o Tribunal Superior do Trabalho – TST tem aplicado em seus julgados uma legislação que protege o direito ao trabalho das pessoas com deficiência, e se os requisitos caracterizados por Nussbaum têm sido aplicados nessas decisões .

## **2. Algumas considerações sobre o entendimento do tribunal superior do trabalho sobre a licitude da dispensa de trabalhadores com deficiência**

O trabalho, enquanto direito humano, como esclarece Azevedo Neto, foi historicamente mencionado em alguns textos esparsos, mas só foi efetivamente consagrado em textos constitucionais e em normas internacionais a partir do século XX, mais especificamente, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH da Organização das

---

<sup>33</sup> Ibid.,93.

<sup>34</sup> Ibid., p.94.

Nações Unidas – ONU. Em seu artigo XXIII, a DUDH estabelece a garantia “a toda e qualquer pessoa condições justas e favoráveis de trabalho, remuneração justa e satisfatória, e ainda uma existência compatível com a dignidade humana”.<sup>35</sup> Ainda no âmbito internacional, destaca-se também a atuação da Organização Internacional do Trabalho – OIT que, desde de sua criação em 1919<sup>36</sup>, tem papel fundamental na organização de conteúdo normativo internacional que regule e proteja o direito ao trabalho. Um exemplo das normativas elaboradas pela OIT é a Convenção nº 111 que proíbe qualquer forma de discriminação em matéria de emprego e ocupação, assegurando o direito ao trabalho a todas as pessoas em igualdade de oportunidades<sup>37</sup>.

Os trabalhadores com deficiência, assim como os demais, gozam da proteção desses instrumentos internacionais, tendo inclusive a ONU elaborado uma convenção específica a proteção dos seus direitos, a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência de 2006. Este documento contém o rol de direitos assegurados às pessoas com deficiência, entre eles o direito ao trabalho, tendo os Estados Partes se comprometido em proteger e promover políticas para garantir o acesso ao mercado de trabalho a esses indivíduos. O Brasil ratificou o tratado em 2009, e seu ingresso na legislação interna tem força de emenda constitucional, no Decreto de nº 6.949/2009<sup>38</sup>.

No tocante ao direito brasileiro, o trabalho é consagrado enquanto direito social, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988<sup>39</sup>, também é

---

<sup>35</sup> AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2015, p.54-56.

<sup>36</sup> OIT. **História de la OIT**. Genebra: OIT, 1996-2019. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>. Acesso em: 3 ago. 2019.

<sup>37</sup> OIT. **Convenção 111 - Discriminação em matéria de emprego e ocupação**. Genebra: OIT, 1958. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_235325/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm). Acesso em: 3 ago. 2019.

<sup>38</sup> BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007**. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 4 ago. 2019.

<sup>39</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 3 ago. 2019.

previsto em legislação infraconstitucional, com regulação própria na Consolidação das Leis do Trabalho- CLT<sup>40</sup>, e ainda em leis que regulam e protegem o direito ao trabalho a determinados grupos, como é o caso das pessoas com deficiência. A legislação protetiva brasileira aos direitos das pessoas com deficiência foi consolidada na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015)<sup>41</sup> que reuniu os objetivos e direitos previstos na Convenção dos direitos das pessoas com deficiência da ONU, aliados a outras legislações internas brasileiras. O direito ao trabalho está previsto no artigo 34 do Estatuto, nos seguintes termos: “A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”<sup>42</sup>. No texto, se destaca a preservação da autonomia da pessoa com deficiência em sua livre escolha e aceitação sobre o tipo de ocupação, bem como a preservação do direito a igualdade e não discriminação da pessoa com deficiência ao se indicar a igualdade de oportunidades.

Ainda sobre o direito ao trabalho, o artigo 35 do estatuto reforça o compromisso assumido pelo Estado Brasileiro na promoção de políticas públicas que visem proporcionar o acesso às vagas de emprego e principalmente, assegurar que essas pessoas gozem do direito ao trabalho, da seguinte forma: “é finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho”<sup>43</sup>. Um exemplo de política pública, instituída anteriormente ao Estatuto, mas que foi absorvida por

---

<sup>40</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das leis do trabalho.** Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 3 ago. 2019.

<sup>41</sup> BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 3 ago. 2019.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Ibid.

ele, é a intitulada Lei de Cotas, prevista no artigo 93 da Lei nº 8.213/91<sup>44</sup>. A lei de cotas é uma ação afirmativa a qual prevê a reserva de vagas de emprego formal em empresas privadas que possuam 100 ou mais empregados em uma percentagem que evolui conforme o crescente de empregados.

Sobre o artigo 93, cabe salientar dois pontos: primeiro, a reserva de vagas de emprego para trabalhadores com deficiência, como já referido, limita-se as empresas que contenham 100 ou mais empregados, logo as empresas de porte inferior ao estipulado não são obrigadas pela legislação a contratar pessoas com deficiência e tampouco sofrerão as penalidades previstas pelo não cumprimento da lei<sup>45</sup>; segundo, a dispensa do trabalhador com deficiência ou reabilitado dependerá da contratação de novo empregado em igual condição. Logo, o empregador somente poderá exercer seu poder de demissão após ter contratado outro profissional que compreenda os requisitos da lei para a vaga. Em que pese o parágrafo primeiro ter um texto claro e específico acerca da obrigatoriedade de preenchimento das vagas de emprego formal condizentes ao número de

---

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 3 ago. 2019. “Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados...2%; II - de 201 a 500... 3%; III - de 501 a 1.000...4%; IV - de 1.001 em diante...5%. § 1º A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. § 2º Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados. § 3º Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943”.

<sup>45</sup> O Decreto nº 3.048/1999 que comporta o Regulamento da Previdência Social - RPS, tem em seu artigo 283 a previsão de pagamento de multa por violações a Lei nº 8.213/91. Em recente portaria ministerial de nº 9, publicada em 16 de janeiro de 2019, o Ministério da economia atualizou os valores para as multas previstas no RPS, sendo então previsto os seguintes valores no caso de não cumprimento da Lei de cotas (art. 93 da Lei nº 8.213/91) pelos empregadores: “Art. 9º. A partir de 1º de janeiro de 2019: [...] III - o valor da multa pela infração a qualquer dispositivo do RPS, para a qual não haja penalidade expressamente cominada no art. 283 do RPS, varia, conforme a gravidade da infração, de R\$ 2.411,28 (dois mil quatrocentos e onze reais e vinte e oito centavos) a R\$ 241.126,88 (duzentos e quarenta e um mil cento e vinte e seis reais e oitenta e oito centavos); [...]” BRASIL. **Portaria Ministério da economia nº 9 de 15 de janeiro de 2019.** Brasília, DF: Ministério da economia, 2019. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-me-9-2019.htm>. Acesso em: 4 ago. 2019.



empregados e, mais ainda explícito, acerca da obrigatoriedade de somente poder demitir após contratar pessoa em igual condição ao trabalhador que ocupava a vaga, as decisões judiciais tem consolidado entendimento diverso ao texto expresso da lei, sob o argumento de resguardar o mínimo legal.

Isto vem ocorrendo nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho – TST, última instância do judiciário para solução de reclamações trabalhistas, que tem pacificado o entendimento de aceitação do mínimo legal, ou seja, uma vez que as empresas privadas tenham contratado o limite mínimo de empregados com deficiência ou reabilitados da Previdência Social, o TST tem entendido que é possível a empresa dispensar de forma imotivada um empregado nessas condições que tenha um contrato de trabalho por prazo indeterminado, mesmo sem realizar a contratação de novo empregado com deficiência ou reabilitado. Com intuito de promover uma análise crítica desse entendimento, transcreve-se abaixo três ementas de três acórdãos diversos do TST, os quais foram julgados e proferidos os votos por diferentes Ministros Relatores. Ainda, cada um dos acórdãos foi publicado em um ano diverso, sendo o primeiro de 2019, o segundo de 2018 e o terceiro de 2017<sup>46</sup>, mas que validam o mesmo entendimento:

RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. EMPREGADO COM DEFICIÊNCIA. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE SUBSTITUTO EM CONDIÇÃO SEMELHANTE. OBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL MÍNIMO PREVISTO NO ART. 93 DA LEI 8.213/91. VALIDADE. **Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior é válida a dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social, ainda que não comprovada a contratação de empregado substituto em condição semelhante, se observado o percentual mínimo previsto no**

---

<sup>46</sup> A última ementa transcrita corresponde ao caso que estabeleceu esse entendimento pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, a qual foi comentada em artigo “Empresa que demite deficiente e mantém cota não precisa readmiti-lo, fixa TST”, publicado no dia 30 de maio de 2017, no site Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/empresa-demite-deficiente-mantem-cota-nao-readmiti-lo>. Acesso em 23 de set. 2019.

**caput do art. 93 da Lei 8.213/91.** Recurso de revista conhecido e parcialmente provido<sup>47</sup>. (grifo nosso)

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI No 13.015/2014 E DO CPC/1973 - EMPREGADO REABILITADO OU PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA - VALIDADE DA DISPENSA - ART. 93 DA LEI No 8.213/91. Ressalvado o posicionamento pessoal deste relator, **o entendimento majoritário desta Subseção é no sentido de que a ausência de contratação de substituto em condição semelhante à do empregado dispensado não induz à invalidade da dispensa, se não descumprida pela empresa a exigência de manutenção do percentual mínimo previsto no caput do art. 93 da Lei no 8.213/91.** Recurso de embargos conhecido e desprovido<sup>48</sup>. (grifo nosso)

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI No 11.496/2007. REINTEGRAÇÃO - DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - MANUTENÇÃO PELA EMPRESA EM SEU QUADRO DE PESSOAL DO PERCENTUAL EXIGIDO PELA LEI No 8.213/91. O escopo da Lei no 8.213/91, em estrita observância ao princípio constitucional de proteção ao empregador portador de deficiência (art. 70, XXXI), é assegurar aos beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas a inserção no mercado de trabalho. Daí a disposição expressa no art. 93, caput e incisos, no sentido de assegurar, no âmbito da empresa, a manutenção desses trabalhadores no percentual mínimo proporcionalmente fixado. Em relação ao §10 do art. 93, note-se que o seu objetivo é garantir que a empresa efetivamente cumpra o sistema de cotas que lhe foi imposto, assegurando a vigência do contrato de trabalho dos beneficiários reabilitados ou das pessoas portadoras de deficiência habilitada até que haja a substituição desses por outros empregados nas mesmas condições. Assim, o sistema jurídico, por meio do art. 93, caput, combinado com o § 10, visando à proteção de um grupo de

<sup>47</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1168-25.2013.5.09.0028.** Recurso de revista sob a égide da lei 13.015/2014. Empregado com deficiência. Dispensa sem justa causa. Ausência de contratação de substituto em condição semelhante. Observância do percentual mínimo previsto no art. 93 da lei 8.213/91. Validade. [...]. 6ª Turma. Relator: Des. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 12 de junho 2019. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&concsjt=&numeroTst=1168&digitoTst=25&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0028&submit=Consultar>. Acesso em: 3 ago. 2019.

<sup>48</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº 166600-86.2012.5.17.0003.** Recurso de embargos regido pela lei no 11.496/2007. Reintegração - dispensa sem justa causa - trabalhador portador de deficiência - manutenção pela empresa em seu quadro de pessoal do percentual exigido pela lei no 8.213/91[...].Relator: Des. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 16 de junho 2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&concsjt=&numeroTst=166600&digitoTst=86&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0003&submit=Consultar>. Acesso em: 3 ago. 2019.

trabalhadores, estabelece a obrigatoriedade de a empresa preencher determinado percentual de cargos com essas pessoas, conforme o número total de empregados. No caso concreto, infere-se do acordão regional que a empregadora, por ocasião da dispensa do empregado, na condição de deficiente físico, não comprovou a contratação de substituto em situação análoga. Tal circunstância, contudo, não autoriza a conclusão pela ilegalidade da dispensa havida, e, conseqüentemente, pela determinação de reintegração, uma vez que não restou descumprida a exigência legal de se manter um percentual mínimo de pessoas portadoras de deficiência ou beneficiários reabilitados nos quadros da empresa. Ou seja, não obstante a dispensa do empregado, a empresa manteve em seu quadro de pessoal o percentual exigido pelo art. 93 da Lei no 8.213/91. **Da interpretação da referida norma legal, a resilição sem justa causa do contrato de trabalho do beneficiário reabilitado ou portador de deficiência, sem a contratação de outro empregado nas mesmas condições, só é possível quando mantido o percentual de participação desses trabalhadores do total de empregados da empresa, como ocorreu na hipótese. Considerando que, mesmo após a dispensa do reclamante, a reclamada manteve, em seu quadro de pessoal, o percentual de reabilitados e portadores de deficiência nos limites fixados pela Lei no 8.213/91, não há óbice à dispensa sem justa causa e, portanto, não se justifica a reintegração determinada.** Precedentes de Turmas do TST. Recurso de embargos conhecido e provido<sup>49</sup>. (grifo nosso)

Assim, para se realizar uma análise crítica e mais detalhada do conteúdo dessas decisões, três aspectos essenciais desse entendimento serão pontuados: 1º) as decisões não estão de acordo com o conjunto de requisitos presentes na lei invocada. Portanto, violam o disposto no artigo 93 da Lei nº 8.213/91; 2º) as decisões não protegem o direito ao trabalho das pessoas com deficiência e dos reabilitados da Previdência Social. Logo, violam os artigos 34 e 35 da Lei nº 13.146/15; e 3º) com base na teoria do

---

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº 10740-12.2005.5.17.0012**. Recurso de embargos regido pela lei no 11.496/2007. Reintegração - dispensa sem justa causa - trabalhador portador de deficiência - manutenção pela empresa em seu quadro de pessoal do percentual exigido pela lei no 8.213/91 [...]. Relator: Des. Min. Renato de Lacerda Paiva, 16 de maio 2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10740&digitoTst=12&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0012&submit=ConsultarAcesso> em: 3 ago. 2019.

enfoque das capacidades, as decisões estão negando o exercício da capacidade central material do trabalho e, por conseguinte, afrontam o princípio da dignidade humana.

Quando se refere uma violação ao conjunto de requisitos, entende-se que quando os relatores sustentam que a manutenção do mínimo legal – percentual de reserva de vagas de empregos às pessoas com deficiência ou reabilitadas - já seria suficiente para atingir o previsto na lei, apresentam uma interpretação diversa do próprio texto legal. Isto porque o artigo não prevê esta possibilidade de manutenção do mínimo, mas dispõe acerca de obrigações cumulativas, ou seja: cumprir o percentual de reserva de vagas de emprego formal nas percentagens estabelecidas e contratar outro trabalhador com deficiência ou reabilitado antes de realizar a demissão de um empregado em igual condição. Logo, o artigo 93 constitui um conjunto de obrigações que o empregador deverá obedecer, e não abre a possibilidade de escolha pelo cumprimento apenas do percentual de vagas prevista no *caput* do artigo<sup>50</sup>.

A violação aos artigos 34 e 35 da Lei nº 13.146/2015 também é verificada nas decisões do TST, pois o direito ao trabalho das pessoas com deficiência não é preservado, ao passo que pela conservação do mínimo legal das cotas, o judiciário não estimula o acesso ao emprego formal de uma ou mais pessoas com deficiência ou reabilitados. Ademais, essa prática do judiciário trabalhista não estimula que o mercado de trabalho privado contrate mais empregados com deficiência ou reabilitados, pois onera a contratação desses ao simples cumprimento do mínimo e, principalmente, não reconhece a dignidade desse trabalhador enquanto necessário ao mercado e como um empregado produtivo, como afirma Nussbaum, desde que tenha igual oportunidades com os demais empregados.

O último ponto de crítica se sustenta na teoria do enfoque das capacidades e o princípio da dignidade humana, já analisados em tópicos

---

<sup>50</sup> Este entendimento foi suscitado em decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4 Região no processo de nº 0020363-34.2017.5.04.0403, conforme artigo publicado em 12 de julho de 2019 no sítio Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-12/empresa-demite-deficiente-contratar-outro-deficiente>. Acesso em 23 de set. 2019.

anteriores, pois como se observa das ementas, em nenhum momento os julgadores avaliaram que a vaga que estava sendo legalmente suprimida a um novo trabalhador, com deficiência ou reabilitado, configuraria a negação ao exercício da capacidade central material do trabalho para uma pessoa. Esta negação resulta na perda de uma oportunidade de vida digna, consequentemente, uma violação do princípio da dignidade humana. Assim, ao permitir que os empregadores demitissem um funcionário com deficiência sem a obrigação de contratar outro em igual condição, nega-se a uma pessoa o direito a igualdade de oportunidades, que é responsabilidade do Estado Brasileira, e ao gozo do direito ao trabalho, visto que o próprio argumento das decisões acerca da manutenção do mínimo legal de vagas contraria o próprio objeto da ação afirmativa, que é de promover o emprego formal para pessoas com deficiência e reabilitados da Previdência Social.

### **Considerações finais**

A proteção do direito ao trabalho da pessoa com deficiência mediante a promoção de ações afirmativas como a Lei de Cotas é um mecanismo necessário para que seja garantido o acesso às vagas de emprego formal a essas pessoas, sendo o Estado Brasileiro, em todos os seus âmbitos (legislativo, executivo e judiciário), responsável em promover políticas públicas e assegurar que essas sejam devidamente obedecidas. Contudo, o que se observa das decisões analisadas é o contrário do objetivo instaurado pela Lei de Cotas, pois quando o próprio judiciário admite ser lícita uma dispensa de um empregado com deficiência sem a contratação de outro em igual condição, além de violar o previsto no texto do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, também deixa de proteger o direito ao trabalho das pessoas com deficiência, previsto no artigo 34 da Lei nº 13.146/2015 e ainda, age em desacordo com a obrigação Estatal de promover a igualdade de oportunidades de trabalho para esses indivíduos, prevista no artigo 35 da mesma lei. Ademais, verifica-se que essas decisões judiciais negam também o direito ao exercício da dignidade humana plena das pessoas com deficiência,

uma vez que é tolhido o exercício da capacidade central material do trabalho - conforme a teoria do enfoque das capacidades de Nussbaum - que é um direito humano fundamental a concretização de uma vida digna.

Assim, este trabalho se propôs a realizar uma análise crítica do entendimento do TST sobre a licitude da dispensa de empregado com deficiência ou reabilitado da Previdência Social sem a prévia contratação de outro em igual condição, conforme disposto no artigo 93 da Lei nº 8.213/91, que vêm sendo perpetuado ao longo dos anos, por diferentes julgadores, e que deixa de avaliar a profundidade do impacto negativo que a simples aceitação do cumprimento mínimo da legislação de cotas pode gerar às pessoas com deficiência.

## Referências

- AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2015.
- BARRETO, Vicente de Paulo; LAUXEN, Elis Cristina Uhry. A (re) construção da ideia de dignidade humana. Rio de Janeiro: **Revista Quaestio Iuris**, vol. 11, n.01, 2018, p.67-88. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/1630>. Acesso em: 01 ago. 2019.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Direitos humanos, democracia e globalização. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (orgs.). **20 anos de constituição: os direitos humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo, RS: Oikos, 2009.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Prefácio à edição brasileira. *In.*: ROSEN, Michael. **Dignidade**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2015.
- BARRETTO, Vicente de Paulo; ANDRIGHETTO, Aline. Direito e Moral: concepções sobre não-violência. Rio de Janeiro: **Revista Quaestio Iuris**, vol. 11, n.02, 2018, p.889-923. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/30131/24053>. Acesso em: 01 ago. 2019.

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 3 ago. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007**. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 4 ago. 2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das leis do trabalho**. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 3 ago. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 3 ago. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 3 ago. 2019.
- BRASIL. **Portaria Ministério da economia nº 9 de 15 de janeiro de 2019**. Brasília, DF: Ministério da economia, 2019. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-me-9-2019.htm>. Acesso em: 4 ago. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº 166600-86.2012.5.17.0003**. Recurso de embargos regido pela lei no 11.496/2007. Reintegração - dispensa sem justa causa - trabalhador portador de deficiência - manutenção pela empresa em seu quadro de pessoal do percentual exigido pela lei no 8.213/91[...].Relator: Des. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 16 de junho 2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=166600&digitoTst=86&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0003&submit=Consultar>. Acesso em: 3 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº 10740-12.2005.5.17.0012**. Recurso de embargos regido pela lei no 11.496/2007. Reintegração - dispensa sem justa causa - trabalhador portador de deficiência - manutenção pela empresa em seu quadro de pessoal do percentual exigido pela lei no 8.213/91 [...]. Relator: Des. Min. Renato de Lacerda Paiva, 16 de maio 2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Disponível em: <http://aplicacao04.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10740&digitoTst=12&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0012&submit=Consultar> Acesso em: 3 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1168-25.2013.5.09.0028**. Recurso de revista sob a égide da lei 13.015/2014. Empregado com deficiência. Dispensa sem justa causa. Ausência de contratação de substituto em condição semelhante. Observância do percentual mínimo previsto no art. 93 da lei 8.213/91. Validade. [...]. 6ª Turma. Relator: Des. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 12 de junho 2019. Disponível em: <http://aplicacao04.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1168&digitoTst=25&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0028&submit=Consultar>. Acesso em: 3 ago. 2019.

CONJUR. Empresa que demite deficiente e mantém cota não precisa readmiti-lo, fixa TST, publicado no dia 30 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/empresa-demite-deficiente-mantem-cota-nao-readmiti-lo>. Acesso em 23 de set. 2019.

CONJUR. Empresa que demite deficiente deve contratar trabalhador na mesma condição, publicado no dia 12 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-12/empresa-demite-deficiente-contratar-outro-deficiente>. Acesso em 23 de set. 2019.

D`ANDRÉA, Donizete; SILVESTRE, Ana Carolina Faria. **Dignidade Humana: um enfoque a partir da abordagem das capacidades de Martha Nussbaum**. Minas gerais: FDSM, Anais, 2018. Disponível em: <https://www.fds.edu.br/graduacao/arquivos/nucleo-de-pesquisa/iniciacao-cientifica/anais-2018/artigos/06.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.

LEMOS, Fabrício José Rodrigues de; BARRETTO, Vicente de Paulo. Uma abordagem compreensiva da dignidade humana. Rio de Janeiro: **Revista Quaestio Iuris**, vol. 08, n.03, 2015, p.1815-1826. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18819/14178>. Acesso em: 01 ago. 2019.



NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OIT. **Convenção 111 – Discriminação em matéria de emprego e ocupação**. Genebra: OIT, 1958. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235325/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm). Acesso em: 3 ago. 2019.

OIT. **História de la OIT**. Genebra: OIT, 1996-2019. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>. Acesso em: 3 ago. 2019.

ROSEN, Michael. **Dignidade**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2015.



## **A migração venezuelana em Roraima e sua análise a luz da dignidade humana: a busca pela sobrevivência e humanidade**

*Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança Ferro*<sup>1</sup>

*Luiz Bruno Lisbôa de Bragança Ferro*<sup>2</sup>

### **Introdução**

O norte do Brasil, em especial o Estado de Roraima passa por uma intensa imigração de venezuelanos, causada principalmente pela situação econômica precária, associada a um sistema de manutenção de poder na Venezuela, aliado a um desrespeito de direitos humanos.

Este artigo tem como objetivo mostrar uma análise das condições dos venezuelanos imigrantes no Estado de Roraima, e seus reflexos na atualidade. Esta onda migratória de venezuelanos é cada vez mais motivada também, pela proximidade da capital do Estado de Roraima, Boa Vista, que fica apenas a 260 km da fronteira com a Venezuela e o fato de possuir melhores serviços públicos e oportunidades de emprego.

---

<sup>1</sup>Doutora e Mestre em Saúde e Ambiente – UNIT/SE. Especialista em Políticas Sociais – UNB. Bacharela em Direito e Serviço Social – UNIT/SE. Professora Direito do Centro Universitário Estácio da Amazônia e Faculdade Cathedral /RR. Coordenadora do curso Serviço Social do Centro Universitário Estácio da Amazônia.

<sup>2</sup>Doutorando em Direito – UNISINOS, Mestre em Direito Econômico e socioambiental – PUC/PR. Especialista em Direito e Processo do Trabalho – UCB. Graduado em Direito – UNIT/SE. Professor efetivo do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima. Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas e Direitos Humanos do Curso de Direito da UFRR.

Noutro giro, apesar da legislação brasileira haver avançado acerca do tema sobre o processo migratório, com a Lei nº 13445/2017, os venezuelanos continuam sofrendo em Roraima mitigações a seus direitos humanos.

Este trabalho possui a importância acadêmica para trazer a tona esta crise humanitária no Estado de Roraima, e como os imigrantes venezuelanos estão sendo tratados pelo Estado brasileiro, para acolher dignamente estas pessoas, que procuram trabalho para sua subsistência mínima e melhoria em sua condição de vida.

Assim, verifica-se como a dignidade da pessoa humana transpõe fronteiras e soberania do Estado, quando se trata na defesa do homem e sua qualidade humana, e sua importância ao direito a um labor digno e igualitário a todos, mas também será analisado se a normatividade da lei é suficiente para a solução dos problemas migratórios. No entanto será descortinado o mito da lei como forma de solução da problemática apresentada, sendo necessária uma nova interpretação e aplicação dos Direitos Humanos.

## **1. As migrações na história da humanidade: o fluxo humano em todo o mundo:**

Ao longo da história os eventos migratórios pelo mundo ocorreram em quatro períodos diferentes e causados por diversos motivos. Inicialmente o primeiro ocorreu entre os anos de 1550 até 1800 tendo o alicerce no acúmulo de metais preciosos, denominado como a era do mercantilismo, no período das grandes navegações com a conquista das Américas e fixação do europeu; no segundo período ocorre com a revolução industrial no final do século XIX, com ondas migratórias dentro da Europa e Estados Unidos da América, impulsionada pela necessidade forte de mão de obra.

O terceiro momento se pauta no retorno as ex-colônias, nos idos dos anos de 1900 a 1915 gerado pelo crescimento econômico mundial, e pela

busca de melhores qualidades de vida, já que o velho mundo sai da I Guerra Mundial, como também o último período a partir de 1950, aliado aos transportes mais baratos, com a saída para países desenvolvidos, quebra-se o paradigma e a migração passa a ser global, pois migrar se tornou mais fácil e barato<sup>3</sup>.

Ademais a década de 1970 a crise de petróleo, a busca pela liberdade dos migrantes de países socialistas e melhores condições de vida deram novos impulsos as ondas migratórias mundialmente.

Muitas teorias buscam definir as causas dos fluxos migratórios no mundo. A teoria mais aceita é a econômica neoclássica, que define os motivos das ondas de migrações internacionais são causadas pela busca de trabalho e conseqüentemente por melhores salários e condição laboral<sup>4</sup>.

Muitas das vezes os motivos migratórios são analisados pelo país de recepção do migrante, no entanto, vários fatores são esquecidos na nação originária, ou seja, fatos geradores de sua saída.

Com isso a classe social, na qual o indivíduo se situa é a primeira influência em sua escolha de migração, pelo fato de que parcelas da sociedade recebem o ideal de migração de maneira diferente, inclusive o destino será modificado pela sua condição econômica e educacional no país de origem<sup>5</sup>.

De outra forma, já consolidado o primeiro fator de influência, verifica-se a escolha com os efeitos de ligação com outros que já procederam à migração, que demonstram para aqueles que ainda não fizeram as vantagens de melhoria de vida, ou pelo menos a busca daquilo que se perdeu no país de origem, fazendo com isso uma retroalimentação do fluxo migratório daquela classe social, através do trabalho digno<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup>MASSEY, D. S.; ARANGO, J.; HUGO, G.; KOUAOUCI, A.; PELLEGRINO, A.; TAYLOR, J. E. (1993). **Theories of International Migration: a Review and Appraisal. Population and Development**. Review, v. 19, n. 3, set/1993, p. 421-466.

<sup>4</sup>MASSEY, D. S.; ARANGO, J.; HUGO, G.; KOUAOUCI, A.; PELLEGRINO, A.; TAYLOR, J. E. (1993). Op.cit.

<sup>5</sup>SINGER, Paul. Migrações internas: considerações teóricas sobre seu estudo. In: **Economia política da urbanização**. São Paulo: Brasiliense, 1973, p.65.

<sup>6</sup>SINGER, Paul, 1973, p.69.

## **2. Contextualizando a crise humanitária venezuelana e seus reflexos em Roraima: a busca por trabalho digno.**

Em Roraima todo dia milhares de venezuelanos cruzam a fronteira com o Brasil na busca de alimentos, remédios e principalmente trabalho, fugindo do desrespeito em massa de seus direitos humanos, causados por um sistema político totalitário, aliado a maior crise econômica de todos os tempos na Venezuela.

Nesta perspectiva, o trabalhador venezuelano, sequer possui uma liberdade sindical plena, na qual o Estado possui controle sobre o trabalho, o que demonstra grave censura, e desrespeito ao direito ao trabalho de forma livre e digna, para tanto:

A legislação trabalhista adotada em abril de 2012 inclui cláusulas que limitam a liberdade dos sindicatos de elaborarem seus estatutos e elegerem seus representantes. Na prática, o Conselho Nacional Eleitoral (CNE), que é uma autoridade pública, continua desempenhando um papel nas eleições sindicais, violando as normas internacionais que exigem que tais eleições sejam conduzidas sem a interferência do governo<sup>7</sup>.

Com isso, o Estado venezuelano não cumpriu o que determina a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que define a liberdade sindical de forma ampla e irrestrita, sendo a autonomia do obreiro alicerce na busca de melhores condições de trabalho, em sua Convenção nº 87, como se orienta a seguir:

Art. 1 — Cada Membro da Organização Internacional do Trabalho, para o qual a presente Convenção está em vigor, se compromete a tornar efetivas as disposições seguintes. Art. 2 — Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas. Art. 3 — 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o

---

<sup>7</sup>OBSERVATÓRIO DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório Mundial 2016: Venezuela**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285966>> Acesso em: 29 abril. 2017.

direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar a gestão e a atividade dos mesmos e de formular seu programa de ação<sup>8</sup>.

Também a escalada inflacionária em mais de 1.000.000% ao ano, a falta de trabalho e essencialmente de comida, bem como a descida do valor do barril de petróleo em níveis mais baixos em 30 anos, que é a maior fonte de riqueza da Venezuela geram a necessidade de busca de melhor condição de vida de maneira urgente e mais rápido, tendo como acesso a outro país pelo Brasil, em especial o Estado de Roraima.

Assim as desigualdades sociais são potencializadas, mesmo com várias políticas de direitos sociais antes estabelecidos na Venezuela, que de nada servem em uma economia destruída pela emissão de papel moeda, como forma de pagar o custeio do Estado.

Neste diapasão a crise existente no território venezuelano tem vários aspectos, que proporcionam este movimento migratório mundial: o primeiro a economia, com inflação elevada as alturas, segundo devido a 95% da produção de riquezas serem oriundas do petróleo, que é um produto de altíssima oscilação de preços no mercado internacional, terceiro no viés político, com um sistema totalitário, sem um futuro democrático em curto prazo, e por último o esvaziamento de direitos sociais adquiridos com a fatura de dólares em outrora, quando o petróleo estava em alta, culminado tudo com crise de desabastecimento de insumos básicos para sobreviver, aliados a cortes de energia elétrica constantemente<sup>9</sup>.

A busca por um trabalho digno pelo imigrante se diferencia da condição do estrangeiro, sendo um fenômeno social visualizado e protegido pela normatividade legal de forma que, a imigração tem como foco a mudança de domicílio e a busca de trabalho de forma digna.

---

<sup>8</sup>ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção n. 87. **Liberdade sindical e proteção ao Direito de sindicalização**. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o> > Acesso em: 29 abril. 2017.

<sup>9</sup>VAZ, Alcides. **A crise venezuelana como fator de instabilidade regional: Perspectivas sobre seu transbordamento nos espaços fronteiriços**. *Análise Estratégica*, n. 3, p. 1-7, jun./ago. 2017. Disponível em: <<http://ceex.org/revista/index.php/analise-estrategica/article/view/26/25>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

No Brasil, em especial no Estado de Roraima, de maneira exponencial, tem aumentado o fluxo de venezuelanos, de maneira diretamente proporcional ao agravamento da crise econômica, institucional e política na Venezuela, forçando a busca de trabalho para a mínima sobrevivência no Estado de Roraima.

Para tanto, foram buscados de dados de pedidos de refúgios feitos junto a Polícia Federal em Roraima na DELEMIG – DELEGACIA DE IMIGRAÇÃO<sup>10</sup>, que comprovam a massa migratória, pela facilidade de deslocamento pela fronteira seca, e assim facilita a entrada no Brasil, como se segue abaixo:

Quadro1- ESTATÍSTICAS DE SOLICITAÇÃO DE REFÚGIO-DELEMIG/DREX/SR/PF/RR

País/Ano	2014	2015	2016	2017(março)
Alemanha	-	01	01	-
Bangladesh	03	21	35	-
Benin	-	21	35	-
Burquina Faso	01	-	-	-
Chile	-	-	02	-
China	-	-	06	-
Colômbia	-	-	13	11
Coréia do Sul	-	-	-	01
Cuba	46	378	642	82
Gâmbia	01	-	01	-
Gana	03	02	01	-
Guiana	-	01	06	-
Haiti	152	316	153	53
Índia	-	12	-	-
Nepal	-	14	09	-
Nigéria	05	61	14	01
Paquistão	01	-	-	-
Peru	-	-	04	01
Portugal	-	-	02	-
Quênia	04	-	-	-
República do Benin	-	-	-	02
República Dominicana	05	01	08	01
Senegal	01	-	01	-
Síria	02	20	27	-
Somália	35	-	-	-
Venezuela	09	234	2230	1461
TOTAL	268	1073	3155	1614

<sup>10</sup>POLÍCIA FEDERAL. Superintendência Regional no Estado de Roraima. Delegacia de Imigração. 2017.



Em pequena análise dos dados acima, verifica-se uma elevação do quadro geral de pedidos de refúgios. No caso dos venezuelanos entre 2014 e 2015 teve-se um aumento de nada mais de que 400%. Já no ano entre 2015 e 2016, de quase 300% e em apenas 03 meses de 2017 já foram pedidos mais de 1614 solicitações de refúgio, mais da metade do ano anterior em apenas 1/3 do ano em curso.

Com a necessidade da busca de condições de trabalho e melhor qualidade de vida fazem com que o imigrante, mesmo conseguindo isso, ou seja, migrar para um lugar melhor queira um dia, baseado na esperança e no amor ao país de origem volta à mãe pátria, isto tudo chamado de “paradoxo de imigração”, mas a necessidade de sobrevivência vence este embate, mesmo permanecendo em outra nação como um invisível seja na esfera política, pois nem pode eleger ou ser elegível, seja nas condições de subemprego, pois ainda não foi naturalizada, permanecendo num limbo jurídico<sup>11</sup>.

Com este paradoxo e aliado a ausência de políticas públicas por parte do Estado causa no imigrante uma maior insegurança, fomentando as desigualdades sociais, sendo relevados a condição de invisível numa sociedade capitalista, que usufrui e explora ao máximo as vulnerabilidades das pessoas.

Cada vez mais, estas condições de exclusão social, pela exploração do capital, o paradoxo da imigração, e a falta de política pública, diminuem seu poder de resiliência frente as dificuldade encontradas em outra normalidade diferente da qual se encontrava, relevando ele a um cidadão de segunda classe, aumentando o preconceito e a diminuindo sua integração a nova sociedade<sup>12</sup>.

Em contrapartida, caso o imigrante esteja inserido principalmente no labor e no pagamento de impostos ao Estado receptor gera uma aceitação e diminuição da discriminação social.

---

<sup>11</sup>SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração. Ou os Paradoxos da Alteridade**. São Paulo: EDUSP, 1998, p. 45-46.

<sup>12</sup>SAYAD, Abdelmalek. Op. cit.

Noutra forma, o imigrante trabalhador, como já mencionado está em condição de vulnerabilidade exacerbada, com isso se torna mais ainda subjugado pelo capital, que lhe força a condições de trabalho degradante, já a globalização permite a circulação de mercadorias de forma simples, igualizando a mão de obra a uma coisa ser valor humano em si<sup>13</sup>.

Assim o obreiro imigrante aceita e se submete as regras do capitalismo, inferiorizando o homem, sendo este o lado terrível da globalização, que formam blocos econômicos para circulação de mercadorias e sua proteção, mas impede ou dificulta a mão de obra humana<sup>14</sup>.

O medo do retorno do nazismo trouxe a necessidade do respeito ao homem, independente de ser nato ou naturalizado, e crescem internacionalmente os direitos humanos, em especial o direito ao trabalho com o Estado receptor da imigração visualizando o respeito à dignidade do imigrante<sup>15</sup>.

Desta maneira o homem como ser social deve ser respeitado em sua condição humana, independente da diferença criada pela obscuridade do preconceito de ser migrante, sendo o dever de todos em sua humanidade aceita-lo como ator social integrante da sociedade, através de sua liberdade e convicções religiosas pela interação e integração a nova realidade.

Emerge-se, neste ponto, uma discussão nefrágica, no que tange as aplicações universais ou relativas da dignidade da pessoa humana, e sua forma de proteção. Para tanto, a universalização dos direitos humanos e da dignidade humana se faz necessária, como base de crítica constante, e fortalecimento da lei para obrigar o Estado a não discriminar as diferenças humanas, mas igualizar a humanidade em todos, como premissa essencial para aos imigrantes na busca de trabalho digno.

Em outro giro, a relativização dos direitos humanos, e a diminuição de sua característica crítica e de conceitos em constante mudança, pode

---

<sup>13</sup>MARTINE, G. **Globalização inacabada: Migrações internacionais e pobreza no século 21**. In São Paulo em Perspectiva. V.19, n.3, p.3-22 jul/set.2005.

<sup>14</sup>GAUDEMAR, Jean Paul de. **Mobilidade do trabalho e acumulação do capital**. Lisboa: Estampa, 1977, p.34.

<sup>15</sup>BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1998, p. 2.

levar ao caminho perigoso de permissões de prática contrárias a defesa do ser humano. No entanto, deve-se lembra de adequar estes direitos às idiosincrasias de cada indivíduo, bem como as dinâmicas das relações sociais, mas com a solidificação inicial de uma proteção universal em um primeiro plano, e uma interpretação relativa em um segundo momento.

No mundo globalizado e em constante mudança se faz necessário colocar em patamar do Direito, a dignidade da pessoa humana como forma de interpretar e compreender as inúmeras trocas de fatores e aquisição de características e valores entre os sistemas interligados no mundo e com isso equacionar as diferenças na busca de uma humanidade universal<sup>16</sup>.

Na busca da proteção cada vez maior do direito ao trabalho digno no mundo, se faz necessário compreender uma evolução constante da proteção da dignidade humana em nível internacional, e com isso após a grande Guerra, já com a Liga das Nações foi previsto a criação de mecanismo internacional de proteção ao trabalhador, chamada de OIT (Organização Internacional do Trabalho), e assim firmava-se cada vez a condição humana para o labor do homem em todo o globo<sup>17</sup>.

Para tanto, deve-se compreender o trabalho como processo necessário à vida, e não se pode conceber vida sem o labor, seja para os nacionais ou imigrantes, pois o crescimento humano na vida e em seu meio social se adere e fortalece a dignidade humana, e o Estado deve preservá-lo, já que todos são dignos de respeito<sup>18</sup>.

De acordo com a OIT no mundo todo existem mais de 150 milhões de trabalhadores migrantes, destes cerca de 67 milhões são mulheres, e que na América Latina o ambiente laboral é degradante e sem a regulamentação adequada de legislação protetiva, o que se demonstra um grande desafio aos estados nacionais<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup>CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2007, p.23.

<sup>17</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.45.

<sup>18</sup>ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.15.

<sup>19</sup> **ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). OIT: quase 30% dos trabalhadores migrantes do mundo estão no continente americano. Publicação em: 17 mar. 2016. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_461050/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_461050/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2017.**

Para tanto, o Brasil como signatário da OIT, confirmou a Convenção nº 97 sobre o trabalho do imigrante em terras brasileiras avançando com a proteção ao trabalho digno de maneira interna em cada país e internacional no mundo, como se segue:

Art. 6 – 1. Todo Membro para o qual se ache em vigor a presente convenção se obriga a aplicar aos imigrantes que se encontrem legalmente em seu território, sem discriminação de nacionalidade, raça, religião ou sexo, um tratamento que não seja inferior ao aplicado a seus próprios nacionais com relação aos seguintes assuntos: a) sempre que estes pontos estejam regulamentados pela legislação ou dependem de autoridades administrativas: I) a remuneração, compreendidos os abonos familiares quando estes fizerem parte da mesma, a duração de trabalho, as horas extraordinárias, férias remuneradas, restrições do trabalho a domicílio, idade de admissão no emprego, aprendizagem e formação profissional, trabalho das mulheres e dos menores; II) a filiação a organizações sindicais e o gozo das vantagens que oferecem as convenções coletivas do trabalho. b) a seguridade social (isto é, as disposições legais relativas aos acidentes de trabalho, enfermidades profissionais, maternidade, doença, velhice e morte, desemprego, e encargos de família, assim como a qualquer outro risco que, de acordo com a legislação nacional esteja coberto por um regime de seguridade social)<sup>20</sup>.

No entanto, o trabalho análogo a escravo dos imigrantes venezuelanos passa a ser uma triste realidade em Boa Vista capital do Estado de Roraima é outra, mostrando a falha completa das políticas públicas, como demonstrado a seguir:

Um empresário do ramo de montagem de tendas para eventos foi preso em Boa Vista (RR) por manter em condição análoga a escravo dois venezuelanos e dois cubanos. A prisão foi na última semana, mas só foi divulgada na sexta-feira (7), pela Polícia Federal. No local onde os estrangeiros foram resgatados, a polícia constatou as mais diversas irregularidades como condições mínimas de trabalho, higiene e segurança. Os trabalhadores relataram aos agentes que tinham uma jornada exaustiva de trabalho de 12 horas diárias, sem descanso

---

<sup>20</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção n. 97. **Trabalhadores Migrantes**. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/523> > Acesso em: 29 abril. 2017.

semanal. Os estrangeiros resgatados também relataram que recebiam remuneração abaixo do salário mínimo. O empregador ainda cobrava pelo fornecimento de alojamento e pela alimentação. Eles relataram, ainda, que por vezes recebiam comida estragada, dormiam em colchões no chão e bebiam água da torneira. Os trabalhadores resgatados foram levados para a Superintendência da Polícia Federal em Boa Vista e o preso foi encaminhado para audiência de custódia e ficará a disposição da Justiça<sup>21</sup>.

Configurando assim, a ausência total de políticas públicas para a aplicação em defesa dos imigrantes na busca de trabalho, em condição de vulneráveis, seja pelo Governo Federal, Governo Municipal e Estadual, este último sendo obrigado por decisão judicial, da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Boa Vista / RR a criar o Centro de Referência do Imigrante, como se segue:

O Centro de Referência ao Imigrante, criado pelo Gabinete Integrado de Gestão Migratória em parceria com organizações não-governamentais e órgãos públicos mudará de endereço a partir de terça-feira, dia 27. O Centro, que funcionou na sede do Sindicato dos Trabalhadores da Indústria da Construção Civil e do Mobiliário, na Avenida Surumu, 1976, São Vicente, por 30 dias, passa a atender agora no ginásio poliesportivo do Pintelândia, próximo a Praça Germano Augusto Sampaio. A mudança de endereço atende a uma determinação da 1ª Vara da Infância e Juventude que determinou ao Governo do Estado e à Prefeitura de Boa Vista responsabilidades distintas no cuidado com crianças que se encontram em situação de vulnerabilidade nas ruas de Boa Vista, pedindo dinheiro nos semáforos e calçadas juntamente com os pais. O novo local servirá de abrigo a essas crianças e familiares. O Estado será o responsável em fornecer alimentação, como almoço e jantar, e o município terá a responsabilidade de cuidar do abrigo e servir o café da manhã. O não cumprimento da determinação poderá acarretar multa diária no valor de R\$ 1 mil por pessoa. O prazo para se cumprir a determinação é de cinco dias<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Rádio Agência Nacional. **Venezuelanos e Cubanos são resgatados de trabalho escravo em Roraima**. Disponível em <<http://radioagencianacional.abc.com.br/direitos-humanos/audio/2017-04/venezuelanos-e-cubanos-sao-resgatados-de-trabalho-escravo-em-roraima>>. Acesso em: 02 maio. 2017.

<sup>22</sup> PORTAL DE NOTÍCIAS DO GOVERNO DE RORAIMA. **Centro de Referência dos imigrantes muda de endereço**. Disponível em <[http://www.portal.rr.gov.br/site/?governoderoraima=noticias\\_ver&id=4436](http://www.portal.rr.gov.br/site/?governoderoraima=noticias_ver&id=4436)>. Acesso em: 02 maio. 2017.

Como resposta para a resolução da problemática da ausência de efetividade das políticas públicas em geral, em especial voltadas à proteção dos imigrantes na busca por trabalho digno, bastava que utilizando diversos processos desde o planejamento até a execução, tivesse a relação pública privada, um objetivo socialmente relevante e com isso sendo efetiva com a preservação da dignidade do imigrante em seu labor<sup>23</sup>.

Na busca de efetividade de políticas públicas, deve-se haver uma articulação entre diversos níveis e setores sociais para um melhor acolhimento destes imigrantes em Roraima, desde a emissão de carteiras de Trabalho até a regularização de sua situação na Polícia Federal, evitando a perda de tempo e assim “[...] a articulação entre políticas públicas possibilita melhor utilização de recursos, sejam humanos, financeiros ou materiais alcancem de patamares qualificados de intervenção em menor tempo, com completude entre as especificidades, ganhos de escala e de resultados com impacto nas condições de vida da população”<sup>24</sup>.

Portanto tudo que foi demonstrado confirma perfeitamente a ausência de políticas públicas pelo Estado brasileiro, em todos seus âmbitos de poder, o que claramente fere a dignidade da pessoa humana, definida na Constituição Federal de 1988, em especial no que se aplica aos imigrantes venezuelanos no Estado de Roraima.

### **3. A dignidade humana como dogma da lei em resposta aos direitos humanos dos imigrantes venezuelanos.**

A legislação anterior a Lei nº 13.445/2017 não dava estrutura ao CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados) seja em pessoal ou físico,

---

<sup>23</sup> BUCCI, Maria Paula Dalarri. **Políticas públicas- Reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva 2006.p.14.

<sup>24</sup> RAICHELIS, Rachel (org). **Processos de articulação na perspectiva socioterritorial. Metodologias do trabalho social**. São Paulo: IEE/PUC-SP, 2008, p.56.

sendo ineficiente e lento o processo imigratório, já que no ano de 2015 estes eram 25.222 processos de refúgios pendentes<sup>25</sup>.

No entanto, com a nova legislação em vigor através da Lei nº 13.445/2017, que institui a nova lei de imigração, fica mais acessível o pedido de residência temporária e assim o imigrante passa a ter uma maior segurança jurídica, já que poderá uma vez feito o pedido de refúgio, de pronto solicitar a autorização de residência, como definido a seguir: “Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses: II - a pessoa: e) seja beneficiária de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida”<sup>26</sup>.

Como também de maneira inovadora traz em seu condão políticas públicas voltadas aos imigrantes, em especial o direito ao trabalho de forma digna e igual ao nacional, o que traduz em avanço e cumprimento da base do Estado Social Democrático de Direito no Brasil, que é a dignidade da pessoa humana, como se comprova: “Art. 77. As políticas públicas para os emigrantes observarão os seguintes princípios e diretrizes: II - promoção de condições de vida digna, por meio, entre outros, da facilitação do registro consular e da prestação de serviços consulares relativos às áreas de educação, saúde, trabalho, previdência social e cultura”.<sup>27</sup>

No entanto, a inserção social do imigrante em uma nova sociedade é dificultada pela ausência total de uma identidade narrativa social e antropológica, pois não existe uma visualização do si no outro, e assim havendo uma maior discriminação na sociedade<sup>28</sup>.

Para tanto, urge a necessidade da compreensão de que a dignidade da pessoa humana como princípio deve transpor as barreiras dogmáticas

---

<sup>25</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema de Refúgio brasileiro- desafio e perspectivas - CONARE. Disponível em < [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema\\_de\\_Refugio\\_brasileiro\\_-\\_Refugio\\_em\\_numeros\\_-\\_05\\_05\\_2016.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema_de_Refugio_brasileiro_-_Refugio_em_numeros_-_05_05_2016.pdf)>. Acesso em: 02 maio. 2017.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Imigração e dá outras providências**. Disponível em < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 05 de agosto. 2017.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Imigração e dá outras providências**. Disponível em < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 05 de agosto. 2017.

<sup>28</sup> RICOER, Paul. **O justo (vol.1)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p-75-76.

da soberania de um país, sempre focado na busca da efetivação de direitos de todos no mundo, e com isso não deixar que ocorra desrespeitos à condição humana do migrante, quando da sua integralização em outra terra<sup>29</sup>.

Nesta toada, o ponto fulcral está que o dogma da lei não consegue por si só dar a proteção ao imigrante, no que tange a sua dignidade humana, pois caso não exista a aceitação do diferente como igual, somente a coerção legislativa de nada adiantará, pois: “gente é tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria sente-se igual”<sup>30</sup>.

De igual maneira, a ideia de estabilidade e ordem trazida como ideal por Kelsen, Hart e Ross, não consegue solucionar conflitos cada vez mais dinâmicos, no entanto, traz a ideia de que a lei é tudo, construindo Super Estados, ou Estados Supremos, que foi campo para um modelo nazista que matou mais de seis milhões de vidas na Segunda guerra mundial.

Quando o Direito é pressionado, este recorre à lei como a uma realidade objetiva, com aplicações contraditórias, como fruto de uma discricionariedade como tese do positivismo tradicional, sempre atrás de uma coerência padronizada, tendo como consequência, que a ciência do Direito fica blindada dos constrangimentos dos conflitos sociais e políticos atuais.

Este busca por soluções, projeta na sociedade o mito da lei, como solução para tudo, que tem início no século XVII, onde o Direito e lei se integravam, e quando a norma legal buscava atender os valores da justiça, equidade e a própria vontade divina. Assim o processo de mitificação da lei se baseia na ausência de conexão específica com a sociedade, e mesmo assim exerce nela uma dominação, imperatividade, gerando uma retroalimentação da mitologia positiva<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> ARÉCHAGA, Jiménez. **Derecho internacional público**. t.II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1995, p.23.

<sup>30</sup> ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. **Direito de todos e para todos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 13.

<sup>31</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.14.



Como resposta a esta mitologia da lei aparecem os Direitos Humanos, e a dignidade da pessoa humana, com sua natureza crítica e revolucionária, pois a ordem liberal positivista não consegue através, da simples normatividade, solucionar conflitos de ordem mundial, que se pautam na economia, política, como no caso o fluxo migratório.

Este fenômeno se chama a fetichização dos Direitos Humanos, que nada mais é do que sempre utilizar de forma indiscriminada, banal, e sem coerência este argumento, e com isso recai na problemática do mito da lei, pois se transforma em um dogma, e perde sua natureza crítica e de constante construção de suas definições<sup>32</sup>.

O processo de desfetichização dos Direitos Humanos, em especial a dignidade humana, se baseia no seu retorno à categoria moral para não recair na mitologia da lei com sua análise da fundamentação ético filosófica, bem como na prática de programas nacionais de proteção aos Direitos Humanos, como forma de políticas públicas<sup>33</sup>.

Os Direitos Humanos buscam uma distância crítica da lei, pois servem como princípio de organização e legitimação de uma sociedade pautada na liberdade e igualdade, ou seja, eles já existem antes de sua normatização, e assim se torna um instrumento de crítica e contestação do sistema do direito positivo.

Bem como se repensar a dignidade humana e seus fundamentos epistêmicos na aplicação do Direito, e se a defesa de um ato deve sempre ser a favor do benefício de alguém? Inicialmente a resposta é sim, pois não se pode pensar que uma ação boa possa prejudicar alguém, mas se este alguém for apenas alguém moralmente valioso, incluindo alguns animais, ter-se-ia a ideia defendida pelos utilitaristas<sup>34</sup>.

Parte da premissa de que os seres humanos, afirmam ter fortes razões morais para fazer ou não algo, mesmo não tendo nenhum sentimento de felicidade. No entanto ao beneficiarmos alguém e valorarmos isto carecemos

---

<sup>32</sup> BARRETO, 2010, p.18.

<sup>33</sup> BARRETO, 2010, p.22.

<sup>34</sup> ROSEN, Michael. **Dignidade: sua história e significado**. São Leopoldo: Unisinos, 2015, p.125.

de humanidade, pois o interesse deve estar em fazer o bem, sem esperar beneficiar alguém, mas porque esta ação é condição existencial humana.

Já o externalismo conduz o ser humano à percepção do ato realizado é bom ou ruim na busca de um bem estar de quem realizou, e novamente recai na problemática do fazer para beneficiar alguém, agora se tem o inverso o benefício também será para quem realiza o ato<sup>35</sup>.

Neste campo, o humanismo kantiano apresenta a resposta mais adequada da ação humana para com outro ser humano, no qual a vontade deve ser livre e não sofrer das influências do mundo sensível, pois somente com a razão aliado a liberdade é que o homem compreende a magnitude do seu ato digno e assim não se subjugua a benefícios ou obscuridades dos fenômenos, não criando preconceitos e com isso compreendendo o que estar ao seu redor, mesmo que diferente de si mesmo<sup>36</sup>.

Não basta atribuir liberdade à nossa vontade se não há razão suficiente para isso. A moralidade não serve de lei, enquanto seres racionais, então se deve demonstrar a liberdade como propriedade de vontade de todos os seres racionais. Todo ser que não pode agir de modo diverso, ou seja, debaixo da ideia de liberdade, não é verdadeiramente livre no sentido prático.

Ao ser racional, o qual possui vontade, deve-se atribuir a liberdade, como condição necessária ao exercício da liberdade prática. O ser racional deve-se considerar livre, independente de influência alheia, ou seja, sua vontade somente é própria senão sob o manto da liberdade, e assim a dignidade humana prevalece.

## Considerações finais

Em tempo de globalização cada vez mais presente, os seres humanos se deslocam no mundo inteiro, não apenas a mão de obra que é deslocada de um lugar pro outro, mas também histórias de vida, sentimentos, famílias,

---

<sup>35</sup> ROSEN, Michael, 2015, p.130.

<sup>36</sup> KANT, Emmanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1967, p-35.

cultura, que necessitam de um sentimento de acolhida e pertencimento no novo lugar.

A saída do ser humano de suas origens, causado por motivos econômicos, sociais, políticos, religiosos, ideológicos ou opção sexual, não legitima que ele seja tratado sem respeito a sua dignidade humana, mas sim ser tratado com hospitalidade de sua condição humana, e principalmente de ter um trabalho digno em qualquer lugar do globo, seja migrante ou não.

A imigração é um fenômeno mundial, que vem acontecendo há muito tempo, e por diversos motivos e agora o Brasil, em especial o Estado de Roraima vem recebendo o reflexo econômico, social e humanitário do aumento exponencial de imigrantes venezuelanos nos últimos anos.

Assolados na Venezuela, por um sistema político pautado no totalitarismo, e com a economia destruída, diversos venezuelanos passam a fronteira seca, na busca essencial de sobreviver e se alimentar.

Estes cidadãos chegam à Boa Vista capital do Estado, com objetivo de buscar um trabalho digno, para seu próprio sustento, na mais específica acepção da palavra, sobrevivência e alimentos.

Porém infelizmente, pela ausência ou ineficácia de políticas públicas de todas as esferas do poder, municipal, estadual e federal, que estas pessoas passam a ser muito mais vulneráveis as consequências do sistema de capital, diminuindo seu poder de resiliência, sendo tratados como cidadãos de segunda classe, em subempregos e sem nenhuma garantia legal definida na Constituição Federal de 1988, em seu rol de Direitos Sociais.

Como reflexo, a exploração econômica começa a aparecer em Roraima, e também outras chagas sociais, como a mendicância, ao ponto de judicialmente o Governo do Estado ter sido obrigado a aplicar políticas públicas, pela sua ausência total de iniciativa de resolução do problema.

De outro giro o Estado não aproveita a mão de obra qualificada dos imigrantes venezuelanos, que poderiam alavancar a ciência e tecnologia em Roraima.

Neste olhar, a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como fundamento constitucional essencial a preservação da vida, seja esta do cidadão nato, naturalizado, refugiado e imigrante, pois todos nascem da mesma condição peculiar humana, que emana uma igualdade além-fronteiras ou soberania de um Estado nacional e não um tratamento de segunda classe a estes homens e mulheres, que buscam sua sobrevivência.

Assim, neste interim no Brasil entra em vigor uma nova legislação imigratória, que traz avanços e segurança jurídica aos imigrantes em nosso país, como políticas públicas e garantia de direitos.

No entanto, a mitologia da lei e seu dogma não podem impregnar os Direitos Humanos, pois estes devem ser críticos e orientadores, antes mesmo de sua normatização, pois caso a banalização ocorra, o ser humano será castrado em sua dignidade humana em especial os imigrantes.

Por fim, as considerações a serem feitas de que nesta condição humana, deve ser incluído o direito ao trabalho digno e isonômico, através de políticas públicas articuladas entre todos os entes públicos responsáveis, em parceria com o setor privado como forma de diminuir o distanciamento ou evitar, a existência, num Estado Social Democrático de Direito, como o Brasil, de cidadãos invisíveis, os imigrantes.

## Referências:

ARÉCHAGA, Jiménez. **Derecho internacional público.t.II**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1995, p.23.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.15.

BRASIL. Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Imigração e dá outras providências**. Disponível em < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 05 de agosto. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Sistema de refúgio brasileiro**. Disponível em <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema\\_de\\_Refugio\\_brasileiro\\_-\\_Refugio\\_em\\_numeros\\_-\\_05\\_05\\_2016.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema_de_Refugio_brasileiro_-_Refugio_em_numeros_-_05_05_2016.pdf)>. Acesso em: 02 maio. 2017.

BRASIL. Rádio Agência Nacional. **Venezuelanos e Cubanos são resgatados de trabalho escravo em Roraima**. Disponível em <<http://radioagencianacional.ebc.com.br/direitos-humanos/audio/2017-04/venezuelanos-e-cubanos-sao-resgatados-de-trabalho-escravo-em-roraima>>. Acesso em: 02 maio. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Sistema de Refúgio brasileiro- desafio e perspectivas - CONARE**. Disponível em <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema\\_de\\_Refugio\\_brasileiro\\_-\\_Refugio\\_em\\_numeros\\_-\\_05\\_05\\_2016.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema_de_Refugio_brasileiro_-_Refugio_em_numeros_-_05_05_2016.pdf)>. Acesso em: 02 maio. 2017.

BRASIL. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. **Convenção de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados**. Disponível em <[http://www.pucsp.br/IIIseminariocate-drasvm/documentos/convencao\\_de\\_1951\\_relativa\\_ao\\_estatuto\\_dos\\_refugiados.pdf](http://www.pucsp.br/IIIseminariocate-drasvm/documentos/convencao_de_1951_relativa_ao_estatuto_dos_refugiados.pdf)>. Acesso em: 02 maio. 2017.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.14.

BUCCI, Maria Paula Dalarri. **Políticas públicas- Reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.p.14.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1998, p. 2.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2007, p.23.

GAUDEMAR, Jean Paul de. **Mobilidade do trabalho e acumulação do capital**. Lisboa: Estampa, 1977, p.34.

KANT, Emmanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. **Rio de Janeiro**: Tecnoprint, 1967, p-35.

MARTINE, G. **Globalização inacabada: Migrações internacionais e pobreza no século 21**. In São Paulo em Perspectiva. V.19, n.3, p.3-22 jul/set.2005.

MASSEY, D. S.; ARANGO, J.; HUGO, G.; KOUAOUICI, A.; PELLEGRINO, A.; TAYLOR, J. E. (1993). **Theories of International Migration: a Review and Appraisal. Population and Development**. Review, v. 19, n. 3, set/1993, p. 431-466.

OBSERVATÓRIO DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório Mundial 2016: Venezuela**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285966>> Acesso em: 29 abril. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção n. 87. **Liberdade sindical e proteção ao Direito de sindicalização**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em: 29 abril. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção n. 97. **Trabalhadores Migrantes**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/523>> Acesso em: 29 abril. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **OIT: quase 30% dos trabalhadores migrantes do mundo estão no continente americano**. Publicação em: 17 mar. 2016. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_461050/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_461050/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2017.

POLÍCIA FEDERAL. Superintendência Regional no Estado de Roraima. Delegacia de Imigração. 2017.

PORTAL DE NOTÍCIAS DO GOVERNO DE RORAIMA. **Centro de Referência dos imigrantes muda de endereço**. Disponível em <[http://www.portal.rr.gov.br/site/?governoderoraima=noticias\\_ver&id=4436](http://www.portal.rr.gov.br/site/?governoderoraima=noticias_ver&id=4436)>. Acesso em: 02 maios. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.45.

RAICHELIS. Rachel (org). **Processos de articulação na perspectiva socioterritorial. Metodologias do trabalho social**. São Paulo: IEE/PUC-SP, 2008, p.56.

RICOER, Paul. **O justo (vol.1)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p-75-76.

ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. **Direito de todos e para todos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 13.

ROSEN, Michael. Dignidade: sua história e significado. São Leopoldo: Unisinos, 2015, p.125.

SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração. Ou os Paradoxos da Alteridade**. São Paulo: EDUSP, 1998, p. 45-46.

SINGER, Paul. Migrações internas: considerações teóricas sobre seu estudo. In: **Economia política da urbanização**. São Paulo: Brasiliense, 1973, p.65.

VAZ, Alcides. **A crise venezuelana como fator de instabilidade regional: Perspectivas sobre seu transbordamento nos espaços fronteiriços**. *Análise Estratégica*, n. 3, p. 1-7, jun./ago. 2017. Disponível em: <<http://ceeex.org/revista/index.php/analise-estrategica/article/view/26/25>>. Acesso em: 02 dez. 2017.





## **Informação pública, publicidade e democracia: notas introdutórias para uma teoria fenomenológica do acesso à informação pública**

*Maiqui Cardoso Ferreira*<sup>1</sup>

### **Introdução**

O acesso à informação pública é um direito reconhecido pela ordem internacional pois o conceito de democracia, na ordem vigente, presume uma racionalidade pública alimentada por agentes com acesso à informação necessária para desenvolver o debate público<sup>2</sup>. A qualidade da informação é importante para compreender a qualidade da democracia, já que o debate público racional é alimentado pelos dados relevantes sobre um determinado problema público (em pauta) e, nesse aspecto, cada recorte no espaço/tempo requer um tratamento diferente sobre o assunto.

Neste prisma, o acesso à informação está diretamente ligado aos processos sociais dos agentes que utilizarão a informação solicitada. Partindo de uma crítica da informação como o controle do ruído dispensado no tratamento dos dados, na teoria proposta por Netto<sup>3</sup>, sendo ruído toda aquela

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), Mestre em Direito E Sociedade pela Unilasalle Canoas, Especialista em Direito Administrativo..

<sup>2</sup> BENTO, Leonardo Valles. **Acesso à Informações Públicas**. Princípios Internacionais e o Direito Brasileiro. Editora Juruá. Curitiba, 2015, pg. 65.

<sup>3</sup> NETTO, Joaquim Teixeira Coelho. **Semiótica, Informação e Comunicação**. Editora Perspectiva. São Paulo, 2014, pg. 120.

interferência na mensagem, externa ou interna, que impede a devida apreciação da mensagem, pelo receptor, como prevista pelo transmissor<sup>4</sup>, o presente artigo visa responder a seguinte pergunta: pode uma leitura fenomenológica da informação pública, partindo do conceito apreendido pela resolução 59 da ONU, superar a tensão entre o controle estatal e a demanda pluralista por informações necessárias para o uso público da razão? O método utilizado será a dialética e a metodologia a revisão bibliográfica.

## 1. A informação pública como fenômeno

Apesar da primeira lei de acesso à informação ter mais de duzentos anos<sup>5</sup>, somente com a resolução 59 da Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>6</sup> que a matéria ganhou importância como a liberdade que serve de parâmetro para todas as outras liberdades.

A importância dessa premissa é desenvolvida nos parágrafos seguintes da resolução, delimitando a substância conceitual que fundamenta a liberdade de informação como uma vontade de realizar os privilégios sem abuso. Essa premissa ostenta uma das dimensões que serão abordadas na pesquisa: a cultura organizacional de uma determinada instituição tem uma relação dialética com os seus agentes: não basta a existência de lei, é preciso ter uma disposição válida do agente como realizador. Como bem ensina Ohlweiler<sup>7</sup> administração pública tem uma natureza comportamental e necessita de uma disposição para efetivá-la. Neste prisma, não

---

<sup>4</sup> SHANNON, Claude E. **A mathematical theory of communication**. The Bell System Technical Journal, v. 27, n. 3. Julho, 1948.

<sup>5</sup> A Suécia (1766) promulgou o primeiro diploma jurídico moderno sobre a matéria, no seu artigo 2º que enuncia “Every Swedish citizen shall be entitled to have free access to official documents, in order to encourage the free exchange of opinion and the availability of comprehensive information.”, categorizando, desde o primórdio, o direito à informação pública no cerne da Liberdade de expressão e da democracia.

<sup>6</sup> ONU, Organização das Nações Unidas. **Calling of a international conference on freedom of information**, 1946 “Freedom of information is a fundamental human right and is the touchstone of all the freedoms to which the United Nations is consecrated”.

<sup>7</sup> OHWEILER, Leonel Pires. A efetividade do acesso às informações administrativas e o direito à boa administração pública: questões herméticas sobre a transparência na administração pública e a Lei nº 12.527/2011 in **Acesso à**

basta apenas a existência da lei, como formalidade, para concretizar o acesso à informação pública e sim uma disposição dos atores para o trato da coisa pública como, de fato, pública.

Bobbio<sup>8</sup>, nesse aspecto, analisa as *Arcana Imperii* (segredos do ofício), que delimitam a dimensão cultural do detentor da informação como interessado no segredo. Assim, o administrador público detém poder na medida em que o poder é mantido dentro da própria administração pública. Um poder partilhado deixa de ser efetivamente poderoso como mecanismo de controle, pois o acesso dissolve o teor místico do poder, que se funda na própria necessidade imanente de conservação da ordem institucional, como observado por Benjamin<sup>9</sup>. O gestor público, nesse aspecto, é tanto o guardião da coisa pública como o interprete das condições de acesso da coisa pública, constituindo o objeto (informação pública) conforme as práticas institucionais.

É possível buscar uma analogia com a questão da insurgência dos fenômenos dentro dos processos cognitivos, partindo da intencionalidade inerente ao processo lógico das justificativas dentro de um determinado conjunto de predisposições cognitivas, como proposto por Husserl<sup>10</sup>. Tal premissa encontra respaldo na questão da disposição burocrática em Bourdieu, como os “chamados à ordem” dispostos na configuração do mundo social como reflexo intersubjetivo que condiciona o *habitus* dos gestores da coisa pública, no campus burocrático, ou seja, as premissas ontológicas e psicossociais que preenchem de sentido a experiência burocrática no campo<sup>11</sup>. Ainda que exista controvérsia sobre a posição da fenomenologia na teoria sustentada por Bourdieu, Throop e Murphy<sup>12</sup>

---

**Informação como direito fundamental e dever Estatal**, SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (coord.). Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2016 pg. 31.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Editora Paz & Terra. São Paulo e Rio de Janeiro, 2015.

<sup>9</sup> BENJAMIN, Walter. **O Anjo da História**. Editora Autêntica. Belo Horizonte, 2012, pg. 67.

<sup>10</sup> HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas: Prolegômenos à Lógica Pura**. Editora Gen, Rio de Janeiro, 2014, pg. 15.

<sup>11</sup> BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas: Sobre a Teoria da Ação**. Papyrus Editora. São Paulo, 2016, pg. 117.

<sup>12</sup> THROOP, Jason C; MURPHY, Keith M. **Bourdieu and Phenomenology**. Anthropological Theory Vol 2, 185-207. Sage Publications, 2002.

compreendem que é possível juntar o estruturalismo genético e a fenomenologia social, trabalhando com o universo descritivo do mundo da vida tanto quanto as ordenações internas estruturais da atitude natural perante o mundo, e a premissa do presente artigo segue nesta linha.

Akutsu apresenta em sua pesquisa o agente público, ao definir o conteúdo do portal de transparência deve, além disso, decidir quais informações são relevantes para destacar na transparência ativa<sup>13</sup>. Essa escolha versa sobre um universo discricionário que é derivado da própria condição de agente público, empossado pelo Estado, com a intenção de promover o bem público, mas não é possível ignorar, também, a dimensão intersubjetiva destas práticas. Unindo as teorias propostas, a disposição de constituição da informação pública como fenômeno passa tanto pela experiência do gestor como interprete primário das condições de acesso à informação pública como agente moldado pelas práticas da cultura organizacional, que será contrastada pela tese da eficácia da informação pública para o agente receptor, para a posterior sublimação das contradições.

## **2. A formação da informação pública como controle do ruído informacional**

Tendo as premissas da primeira parte do artigo como fundamento, a questão da informação pública passa pela formação da informação, partindo do dado bruto para a informação pública disponível. Sendo o gestor da informação o interprete inicial, convém compreender a questão da transmutação informacional dos dados. A informação pública aparece como princípio internacional constituindo uma regra comportamental para a efetividade dos processos decisórios oriundos da experiência democrática, em consonância com a resolução da ONU pois o objetivo da

---

<sup>13</sup> AKUTSU, Luiz. **Sociedade da Informação, Accountability e Democracia Delegativa**. Editora Baratuna. São Paulo, 2009, pg. 59

informação pública é munir o cidadão de recursos para exercer a democracia, que neste artigo é associada com a questão do uso público da razão, como desenvolvido em sua base fenomenológica-kantiana por Arendt<sup>14</sup>. Esse uso público tem uma dupla natureza: tanto um solvente para a integridade do campo burocrático, que serve como base para a compreensão dos agentes estatais sobre o fenômeno informacional, quanto uma predisposição intersubjetiva para compreender as diversas facetas de um problema e encontrar uma solução plural.

O pluralismo não é apenas um pluralismo essencialmente político: ele se apresenta como uma premissa epistêmica para a compreensão do mundo. Fenomenologicamente falando, a constituição do conhecimento é um processo essencialmente intersubjetivo, já que os objetos são formados pela mediação dos parâmetros acordados pelos agentes, nos moldes dos depósitos de conhecimento que Peter e Luckmann desenvolveram<sup>15</sup>. A relevância social do conhecimento aparece com uma categoria de análise quando relacionada ao lugar de apreensão do conhecimento e os referenciais intersubjetivos de legitimação. A informação pública é tanto informação quanto pública, sendo a administração pública o fiduciário da esfera pública instrumentalizada.

Se a informação pública se realizada como finalidade no exercício da democracia e o gestor público é, como o nome indica, apenas um gestor, um desdobramento teórico do imperativo comportamental para a realização do acesso à informação é o princípio da Máxima Divulgação, que foi incorporado ao ordenamento jurídico interacional por intermédio da organização Artigo 19, com a chancela da ONU<sup>16</sup>. Bento divide esse princípio em três consequências: o acesso é a regra e o sigilo a exceção; o ônus da prova de sigilo é do agente que deseja classificar a informação; no caso de

---

<sup>14</sup> ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o Futuro**. Editora Perspectiva. São Paulo, 2014, pg. 299.

<sup>15</sup> BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. Rio de Janeiro, 36ª edição. Editora Vozes, 1973, pg. 103.

<sup>16</sup> ARTIGO 19. **The Public's Right to Know Principles on Freedom of Information Legislation**, 1999.

conflito entre as normas, a divulgação tem precedência. Essas três premissas orientando o horizonte interpretativo do acesso à informação<sup>17</sup>.

Assim, a efetividade da Máxima Divulgação como orientação para a efetividade do acesso à informação passa pela construção de uma informação pública útil para o destinatário. Considerando a construção teórica proposta por Netto, o conteúdo da informação não é a preocupação da teoria informacional: a real questão é a capacidade de gerar uma mudança comportamental no receptor<sup>18</sup>. Dentro de uma análise conceitual da entropia informacional, considerando as três dimensões do processo informacional, segundo o autor: a mensagem, o repertório e a audiência, , uma mensagem significativa, isto é, capaz de promover mudanças comportamentais no receptor, necessariamente precisa ser balizada pela intersecção entre o repertório cognitivo do receptor, no plano simbólico, e o repertório utilizado pelo autor<sup>19</sup>. Ainda que não seja necessário chegar para o nível puramente subjetivo, é importante considerar a intersubjetividade, pois os usos dos repertórios significativos comuns emergem como repertórios de classe/grupo. Dizendo de outra forma: cada grupo social, ainda que partilhe de um repertório comum com os gestores da informação pública (por excelência a linguagem comum daquele espaço social, no caso da realidade brasileira a língua portuguesa), os usos e práticas sociais delimitam a real eficácia dos signos partilhados.

Nesse ponto a questão do alcance do repertório em detrimento da audiência aparece: quanto maior o repertório utilizado menor será a sua audiência, e vice-versa<sup>20</sup>. Quando essa máxima é observada do ponto de vista da constituição pública, o controle do ruído torna-se o controle efetivo da audiência esperada. Quando o agente público constitui uma informação sobre um determinado dado pensando em um determinado

---

<sup>17</sup> BENTO, Leonardo Valles. **Acesso à Informações Públicas**. Princípios Internacionais e o Direito Brasileiro. Editora Juruá. Curitiba, 2015, pg.

<sup>18</sup> NETTO, Joaquim Teixeira Coelho. **Semiótica, Informação e Comunicação**. Editora Perspectiva. São Paulo, 2014, pg. 120.

<sup>19</sup> Op. pg. 124.

<sup>20</sup> Op. pg. 127.

agente receptor, essas tipologias sociais, para utilizar a categoria weberiana, aparecem como formas de controle visando direcionar uma determinada informação para um determinado público antecipado. Neste sentido, “tipificar socialmente”, em analogia a premissa weberiana, é constituir o receptor da informação como um ideal dentro do repertório imaginando, como uma “tentativa de apreender os indivíduos históricos ou os seus diversos elementos em conceitos genéticos”<sup>21</sup>. A necessária dialética da tipificação burocrática e o uso de grupo/classe dos repertórios visa garantir a integridade do conceito tipificado. Assim, não é apenas um determinado grupo idealizado como o receptor da informação, mas o constante diálogo com os agentes tipificados pelo gestor que alimenta a efetividade da tipificação, seja essa tipificação fundamentada por um modelo fenomenológico<sup>22</sup> ou genético-estruturalista<sup>23</sup>, já que o escopo deste trabalho visa compreender a dialética no sentido das disposições (e formações) dos sujeitos em uma dada estrutura, no caso a burocrática, quando realizam o ato de interpretar o ruído informacional, superando as críticas já evidenciadas por um ou outro modelo, entendo que os dois podem explicar, em suas áreas, a tensão que emerge da atividade no campo.

Sendo a razão pública o espaço percepção da informação pública, realizada na esfera de autonomia dos agentes em seus repertórios vividos e socialmente significantes (como desenvolvido até agora no artigo), a sublimação das teses contrárias, entre a tipificação do cidadão pela administração pública e a constituição do repertório dos agentes receptadores da informação aparece como uma solução para a questão do ruído informacional público, efetivando a realização da função democrática do acesso à informação no fenômeno evidenciado por esse artigo. Assim, não basta apenas uma informação útil e sim útil para os determinados grupos em suas demandas por informações para realizar a democracia no espaço

---

<sup>21</sup> WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. Tradução de Augustin Wernet. Editora Cortez, Editora Unicamp, 5ª Edição. São Paulo, 2016, pg. 255.

<sup>22</sup> TURNER, Stephen. *The Continued Relevance of Weber's Philosophy of Social Science in Max Weber Studies* Vol. 7, No. 1, Janeiro de 2017, pgs. 43-4.

<sup>23</sup> BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas: Sobre a Teoria da Ação*. Papirus Editora. São Paulo, 2016, pgs. 120-1.

público, o que leva para o terceiro problema: da dimensão procedimento ou instrumental da informação pública.

### **3. Informação pública como efetividade: superando o procedimentalismo e o substancialismo do acesso à informação.**

Uma forma de sintetizar a questão do universo interpretativo do acesso à informação, no recorte da Máxima Divulgação como disposição da cultura organizacional de um determinado meio burocrático, se dá na discussão entre a dimensão social e a individual do acesso à informação. Moon classifica a discussão partindo do ponto de dois modelos de realização dos direitos: intrínseca e instrumental. A visão instrumental fundamentada no valor da liberdade como uma atividade social, logo intersubjetiva, transcendendo o mero interesse individual. Já a visão intrínseca assume que o fundamento da liberdade de expressão/informação reside na autonomia do sujeito, como um fim em si<sup>24</sup>.

As duas abordagens, em tese, não são excludentes. A autonomia do indivíduo é a base da razão pública. Partindo das ponderações de Arendt sobre a razão pública<sup>25</sup>, podemos encontrar uma resposta satisfatória para este problema: a esfera pública, como domínio da liberdade, exige uma predisposição racional para a sua efetividade. A razão pública se dá no público pela natureza intersubjetiva do diálogo. A verdade se encontra na publicidade, pois não é do domínio individual<sup>26</sup>. Se é verdade que a liberdade de expressão/informação é um valor em si, este valor se realiza na publicidade, no seu caráter intersubjetivo, e retorna para o sujeito realizado, no público: o dever-ser da razão é inerentemente público.

Assim, para Arendt, a "(...)razão humana, por ser falível, só pode funcionar se o homem pode fazer uso público dela", pois a "garantia para a exatidão de nosso pensamento está na circunstância que pensamos como

<sup>24</sup> MOON, Richard. *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*. University of Toronto Press, 2000.

<sup>25</sup> ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o Futuro*. Editora Perspectiva. São Paulo, 2014, pg. 282 ss.

<sup>26</sup> Op. pgs. 291-2.



que em comunhão com outrem” (pg. 291)<sup>27</sup>. Trazendo para o foco do presente artigo, a discussão entre o valor intrínseco e procedimental da liberdade de informação acaba sendo sublimada na percepção intersubjetiva da razão pública: a autonomia se comunica com a comunhão dos pensamentos, logo ela não é uma questão apenas intrínseca ou apenas procedimental, pois o procedimento intersubjetivo permite o exercício da razão pública na autonomia do ser, realocando e dando sentido a premissa defendida anteriormente que o local de tipificação dos receptores da informação pública ocorre, por excelência, nos diversos repertórios utilizados, trazendo para a discussão uma nova dimensão possível para pensar a informação pública: a efetividade da informação para os agentes dentro dos seus repertórios exercidos intersubjetivamente na esfera pública, efetivando assim o dever-ser da informação pública como pressuposto para o exercício da razão na democracia.

#### **4. Considerações finais**

O presente artigo atravessou a problemática da informação como um fenômeno, direcionando a questão da informação pública, como pilar dos outros direitos, para a disposição comportamental do agente público de disponibilizar a informação. Essa disposição se apresenta tanto como uma orientação pretérita institucional, percebida como dentro dos regramentos e das interpretações dos regramentos, quanto uma orientação futura, tipificando as expectativas de agentes que utilizarão a informação pública.

Da tensão entre a tipificação dos sujeitos em suas autonomias, realizadas na esfera pública intersubjetivamente, e o controle do fluxo informacional inerente ao processo de guarda da informação pública, surge o fenômeno da informação pública, realizada no exercício da democracia, como a constante atualização dos referenciais válidos para a mudança comportamental necessária para fundamentar o exercício da razão pública.

---

<sup>27</sup> Op. pg. 291.

O questionamento inicial do artigo apresenta então a noção do pluralismo, na intersubjetividade fenomênica, como fator de sublimação dialética da tensão entre a tipificação e a experiência vivida dos agentes em seus grupos e classes, para o efetivo exercício da democracia, pela razão pública, alimentada pela informação disponibilizada pelos agentes públicos fiduciários, sendo uma contribuição importante para o debate democrático dentro do pluralismo democrático político, em consonância com as prescrições consolidadas pela ONU.

## Referências

- ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o Futuro**. Editora Perspectiva. São Paulo, 2014.
- AKUTSU, Luiz. **Sociedade da Informação, Accountability e Democracia Delegativa**. Editora Baratuna. São Paulo, 2009
- ARTIGO 19. **The Public's Right to Know Principles on Freedom of Information Legislation**, 1999. Disponível em [www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf](http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf) acesso em 06/08/2019.
- BENTO, Leonardo Valles. **Acesso à Informações Públicas. Princípios Internacionais e o Direito Brasileiro**. Editora Juruá. Curitiba, 2015
- BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**, 36ª edição. Editora Vozes, Rio de Janeiro, 1973.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Editora Paz & Terra. São Paulo e Rio de Janeiro, 2015.
- HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas: Prolegômenos à Lógica Pura**. Editora Gen, Rio de Janeiro, 2014.
- MOON, Richard. **The Constitutional Protection of Freedom of Expression**. University of Toronto Press, 2000.
- NETTO, Joaquim Teixeira Coelho. **Semiótica, Informação e Comunicação**. Editora Perspectiva. São Paulo, 2014

OHWEILER, Leonel Pires. A efetividade do acesso às informações administrativas e o direito à boa administração pública: questões hermenêuticas sobre a transparência na administração pública e a Lei nº 12.527/2011 in **Acesso à Informação como direito fundamental e dever Estatal**, SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (coord.). Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2016

ONU, Organização das Nações Unidas. **Calling of a international conference on freedom of information**, 1946. Disponível em [documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/10/IMG/NR003310.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/10/IMG/NR003310.pdf?OpenElement) acesso em 06/08/2019.

SHANNON, Claude E. **A mathematical theory of communication**. The Bell System Technical Journal, v. 27, n. 3. Julho, 1948.

SUÉCIA, Reina da. **Freedom of the Press Act**, 1766. Disponível em [www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-freedom-of-the-press-act-2015.pdf](http://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-freedom-of-the-press-act-2015.pdf) acesso em 06/08/2019.

THROOP, Jason C. MURPHY, Keith M. **Bourdieu and Phenomenology**. Anthropological Theory Vol 2, 185-207. Sage Publications, 2002.

TURNER, Stephen. **The Continued Relevance of Weber's Philosophy of Social Science in Max Weber Studies** Vol. 7, No. 1, Janeiro de 2017.

WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**. Tradução de Augustin Wernet. Editora Cortez, Editora Unicamp, 5ª Edição. São Paulo, 2016



## **Justiça climática: um imperativo jurídico categórico**

*Rafaela Santos Martins da Rosa*<sup>1</sup>

### **Introdução**

A atual quadra da história vivida pela humanidade é marcada por uma latente incapacidade do direito e do Estado de responderem ao que ocorre no sistema climático planetário, cujo cenário de crescente desequilíbrio expõe, como nunca, as desigualdades sociais pretéritas, convertendo injustiças outrora políticas ora na perpetração de injustiças também climáticas.

A percepção, contudo, de que a partir de um esforço que ressignifique a noção de justiça e que, mais precisamente, identifique, a partir de aportes da filosofia moderna, sua verdadeira condição enquanto categoria jurídica, possa melhor definir a raiz que funda e embasa a própria realização de justiça, em todas as suas dimensões, enquanto moralidade universal compartilhada, e que esta identificação, ainda que teórica, lança luzes ao horizonte prático de enfrentamento da emergência climática.

Assim, este artigo, pelo método de revisão bibliográfica, examina a introdução, na Filosofia do Direito, de uma nova categoria de imperativo categórico, o chamado imperativo jurídico categórico, feita por Otfried

---

<sup>1</sup> Juíza Federal Substituta na 12ª Vara Federal de Porto Alegre. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2002). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí/SC (2013) e Mestre em Direito e Sustentabilidade pela Universidade de Alicante/Espanha (2013). Professora de Direito Ambiental e de Direito Administrativo da ESMAFE/RS. Doutoranda em Direito pela UNISINOS/RS. E-mail: rafaela.rosa@trf4.jus.br.

Höffe a partir da releitura do imperativo categórico no pensamento Kantiano. Após estabelecer a noção de imperativo jurídico categórico, o texto sustenta a urgência do reconhecimento da justiça climática, uma das dimensões atuais da noção de justiça política, como um imperativo jurídico categórico, sendo tal reconhecimento premissa filosófica fundamental para um melhor enfrentamento da emergência climática.

## **1. Do imperativo categórico em Kant à releitura de Otfried Höffe para um imperativo jurídico categórico**

Na expressão “imperativo categórico” situa-se um dos conceitos chaves da filosofia Kantiana. É, quiçá, a ideia central para a compreensão da moralidade.

Com o imperativo categórico, Kant sintetiza a máxima de nossa moral, o dever moral que se impõe e sempre há de nortear nossos pensamentos e nossas ações. Invoca a ideia de que agimos de tal maneira que a máxima expressada em nossa vontade possa valer sempre, ao mesmo tempo, como um mandamento normativo universal. A moral que está acima de qualquer dever legal imposto pelos ordenamentos jurídicos, mas que lhe antecede, lhe é premissa fundante e lhe é também legitimadora última.

Em Kant, o imperativo categórico é primeiramente explanado do ponto de vista moral pessoal de cada indivíduo (ser dotado de razão). Mas já em Kant é possível perquirir que a noção de imperativo categórico extrapola a moralidade pessoal/individual, e também aparece como um conceito universal do Direito<sup>2</sup>, como um princípio universal do Direito<sup>3</sup>, bem assim como uma lei jurídica universal<sup>4</sup>.

Esta observação, aliás, é umas das premissas do pensamento explanado por Otfried Höffe, em sua obra *Justiça Política*, quando promove um

---

<sup>2</sup> KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*. 4ª Edição. Cone Editora. Coleção Fundamentos do Direito. 2013, § B

<sup>3</sup> KANT, ob. cit., § C

<sup>4</sup> ob. cit., § C

verdadeiro reencontro teórico entre a filosofia e a ciência do direito, a partir de uma filosofia crítica da moral no direito e no Estado. Entre as muitas contribuições do texto de Höffe para a Filosofia moderna, uma chama particular atenção, e diz justamente com um dos fundamentos utilizados por ele para a legitimação de seu conceito-guia, a noção de justiça política.

Pontua Höffe que:

Pelo fato de a justiça não se deixar suprimir, seja por pretensões técnicas seja por pretensões pragmáticas, nem por elas poder ser trocada, ela é, em face delas, uma perspectiva de legitimação que não tolera compromissos... Uma avaliação normativa que não tolera compromissos perante outras avaliações e que, além disso, representa diante delas a condição de sua obrigatoriedade normativa, chama-se, desde Kant, válida categoricamente.<sup>5</sup>

Höffe traça então um preciso paralelo entre os dois planos (a moral pessoal de cada indivíduo, e a moral coletiva ou político-institucional), para em seguida afirmar que a invocação do termo justiça é um imperativo categórico do primeiro plano, e que a justiça política é um imperativo jurídico categórico do segundo, isto é, um imperativo categórico para as ordens jurídicas do direito e do Estado.

É esta invocação que, segundo ele, vai justificar, por exemplo, o valor moral universal da supremacia dos direitos humanos, pois, independentemente de todas as outras distinções políticas e culturais possíveis, estaríamos todos moralmente convencidos de que a cada ser humano são devidos direitos fundamentais inalienáveis, tais como a vida e a liberdade<sup>6</sup>.

Assim, Höffe conclui que a justiça política deve ser reconhecida como um imperativo jurídico categórico, e que este reconhecimento é uma espécie de bússola que se impõe na formulação das ordens jurídicas do direito e do Estado, em todos os níveis, ou seja, que a busca por justiça permeia tanto a concepção dos ordenamentos jurídicos quanto, ainda mais

---

<sup>5</sup> HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado. Tradução Ernildo Stein. 3ª Edição. São Paulo. Martins Fontes, 2005, 61

<sup>6</sup> Höffe, ob. cit., p. 61

relevante, a aplicação em concreto das ordens legais. Dessa forma, igualmente se evitam interpretações particulares ou autoritárias sobre a abrangência, entre outros, do sistema normativo de proteção dos direitos humanos, e sua própria fundamentação, preocupação já externada por Vicente Barretto<sup>7</sup>.

A partir da categorização de Höffe como premissa, cumpre analisar se a noção de justiça ambiental e, particularmente, sua atual evolução para a ideia de justiça climática, não deveria ser considerada como dimensão atualíssima da noção de justiça política e, portanto, alçar-lhe também à condição de imperativo jurídico categórico.

## 2. Da justiça ambiental à justiça climática

Redigindo em 1784, Kant questionava sobre qual seria então o provável maior desafio futuro para a humanidade, e refletia que a mais significativa questão para a espécie humana seria alcançar uma sociedade que administrasse universalmente o direito<sup>8</sup>. O reconhecimento, portanto, da justiça como um valor moral universal do direito e das instituições já estava ali, no ideário Kantiano.

Era, contudo, apenas o período histórico que demarcava o início da Revolução Industrial no continente europeu e, por evidente, não seria sequer imaginável a Kant supor que, em pouco mais de dois séculos, a encruzilhada da humanidade continuaria sendo a administração universal do direito, mas também seria outra. Seria uma cruzada pela sobrevivência da própria espécie humana.

Atualmente, entre as múltiplas dimensões da noção de justiça política, considerando o cenário de desequilíbrio dos ecossistemas planetários, e da cada vez mais perceptível incapacidade dos ordenamentos jurídicos

---

<sup>7</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2ª Edição, revista e ampliada. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 32

<sup>8</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Portugal, Lisboa: Edições 70, 1986.



para gerirem, com a efetividade necessária, as resiliências, humanas e naturais, que se impõem como condição para a manutenção das diversas formas de vida na Terra, inclusive a humana<sup>9</sup>, sobressai o interesse de bem fundamentar a raiz filosófica da ideia de justiça ambiental e, ainda mais latente, sua evolução conceitual para a noção hodierna de justiça climática.

Nesse sentido, o ano de 2019 marca o 25º aniversário da Ordem Executiva 12898, histórico documento assinado em 1994 pelo então Presidente Americano Bill Clinton, pioneiro na introdução do conceito de justiça ambiental em uma ordem jurídica. Sua normativa exigia que toda a atuação das agências federais americanas tivesse como missão primordial e norteadora da regulação e da atuação em concreto a conquista do que chamou de “justiça ambiental”, identificando em suas políticas, programas e atividades, o tratamento justo e o envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de raça, cor, origem nacional ou renda.

A referida ordem executiva apresentava-se, assim, como o início de resposta do sistema jurídico para uma iniciativa que começara como um movimento por direitos civis de minorias, mas que acabava ganhando contornos mais amplos, a partir da percepção de que as desigualdades sociais tradicionalmente reconhecidas e já enfrentadas persistiam reproduzindo novas escalas e tipos de desigualdades, e que o início do movimento ambientalista já surgia, desde a primavera silenciosa de Carson, com uma herança reflexiva inerente: a contínua perpetração de desigualdades, agora ambientais.

Ao reconhecer a exigência normativa de um chamado tratamento ambiental justo, a agência de proteção ambiental americana atualmente refere que nenhum grupo de pessoas deve suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes de operações ou políticas industriais, governamentais e comerciais<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> WALLACE-WELLS, David. **A Terra inabitável**. Uma história do futuro. Tradução Cássio de Arantes Leite. Companhia das Letras, 2019.

<sup>10</sup> EPA. *United States Environmental Protection Agency. Environmental Justice*. Sítio eletrônico: <https://www.epa.gov/environmentaljustice>, acesso em 10 de outubro de 2019.

De outra parte, o termo justiça climática é ora tido como uma extensão (ou evolução) do conceito de justiça ambiental, e, em âmbito internacional, aparece de forma expressa no Acordo de Paris de 2015, o qual, desde o seu preâmbulo, incorpora o conceito em suas considerações<sup>11</sup>.

A demonstração de que os impactos das mudanças climáticas e suas consequências danosas e adversas mais severas já estão sendo experimentados em maior intensidade justamente pelas comunidades mais vulneráveis, escancara que, para além dos problemas relacionados à estabilização do sistema climático global, que por si só já demanda rearranjos políticos, jurídicos e institucionais sem precedentes, a emergência da crise climática novamente sublinha o quanto o desequilíbrio ambiental planetário opera como uma seleção social forjada e cruelmente injusta, além de tolher as liberdades mais básicas dos indivíduos, como vida, saúde e liberdade.

Como observam Farber, Verchick e Grow,

a injustiça social contribui de maneira tão marcante na incidência e intensidade das catástrofes naturais, que a busca da igualdade pode ser considerada uma ferramenta valiosa para melhorar a preparação, a resposta, a mitigação, a compensação e a reconstrução relacionadas com desastres<sup>12</sup>.

Assim, com o termo justiça climática, acaba-se desvelando que o fenômeno das mudanças climáticas não se resume a questões físicas, geográficas ou mesmo ambientais, mas que se enquadra, em seu cerne, em uma questão moral e política. Almejar justiça climática representa igualmente almejar justiça política, na concepção e nos desdobramentos precisados por Höffe.

A propósito, uma das fundadoras do termo justiça climática, Mary Therese Robinson, ao explicar sobre o que representa a noção de justiça climática, é precisa em apontar a raiz moral coletiva do conceito, que se transmuda em imperativos legais consensualmente aceitos:

---

<sup>11</sup> DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres e Compensação climática no Brasil: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro, *Lúmen Iuris*, 2019, p. 52

FARBER, Daniel; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert. R.M.; SUN, Lisa Grow. **Disaster Law and Policy**. New York: Aspen Publishers, 2010. p. 204

A estrutura internacional de direitos fornece um reservatório para o fornecimento de imperativos legais para enquadrar respostas moralmente apropriadas às mudanças climáticas, enraizadas na igualdade e na justiça. A idéia de direitos humanos aponta as sociedades para valores acordados internacionalmente, em torno dos quais uma ação comum pode ser negociada e, em seguida, adotada. Os critérios dos direitos humanos oferecem valiosos limites mínimos, legalmente definidos, sobre os quais existe amplo consenso. A garantia de direitos básicos enraizados no respeito pela dignidade da pessoa, que está no cerne deste abordagem, torna uma base indispensável para a ação em matéria de justiça climática<sup>13</sup>.

### 3. A justiça climática como imperativo jurídico categórico

De outra parte, entende-se que a relevância de estabelecer o fundamento ou premissa raiz que filosoficamente habilita o termo justiça climática não é mera perfumaria. A depender de diferentes concepções, igualmente justificáveis, a justiça climática poderia ser associada, por exemplo, tão somente à noção de equidade, podendo ser concebida como uma igualdade de oportunidades (em consonância com o liberalismo), em igualdade de acesso a bens primários (em consonância, entre outros, com Rawls), em igualdade de acesso a recursos (em consonância com Dworkin), ou em igualdade de capacidades (em consonância com Amartya Sen).

Todavia, reconhecer que a justiça climática é uma noção que parte de um fundamento filosófico moral comum certamente lhe coloca em outra condição, ou melhor, lhe atribui a exata força de uma moralidade universalmente compartilhada.

Consequentemente, ao se assimilar que imanente na noção de justiça climática está um dever moral de ordem filosófica não contestável e com contornos de universalidade, impõe-se desde logo reconhecer à justiça climática a qualidade de um imperativo jurídico categórico, nos exatos termos da proposição de Höffe sobre o termo.

---

<sup>13</sup> Mary Robinson Foundation—Climate Justice. (n.d.). **Principles of climate justice**. Retrieved, 2019 from <www.mrfcj.org>

Passo seguinte, com a leitura da justiça climática como um imperativo jurídico categórico permite-se incorporar que, subjacente à noção de justiça climática, se fazem presentes, com igual força, os princípios da equidade intrageracional (justiça entre as gerações que habitam simultaneamente o planeta), de forma mais explícita, mas também o princípio da equidade intergeracional ou, se acolhida de bom grado a proposição de Hans Jonas, o chamado princípio da responsabilidade<sup>14</sup>.

Isto porque, assim como devemos moralmente enquanto comunidades instituídas propiciar um tratamento de respeito às desigualdades atuais entre as gerações presentes, respeitando tais desigualdades justamente na norma e na ação concreta voltada ao enfrentamento das mudanças do clima e de suas consequências, igual dever moral se nos impõe a justiça intergeracional, pois estamos moralmente compelidos a estabelecer condições ambientais que permitam sadias condições de vida às gerações futuras.

Nenhum ato normativo, de escala alguma, pode ser instituído ou aplicado em desrespeito ao imperativo da justiça climática, e isto é um escrutínio de moralidade que antecede a qualquer um outro.

### **Considerações finais**

Diante de uma emergência climática como a que atualmente nos encontramos, talvez um retorno às raízes da compreensão de nossa moralidade seja algo ainda mais premente do que nunca.

Ao longo do presente texto, foi possível observar que tal raiz deita origem e fundamento no imperativo categórico Kantiano, o qual já reconhecia sua extensão para além de uma moral pessoal ou individual, e lhe traduzia na força de um imperativo universal também para o Direito.

A partir da releitura promovida por Höffe a respeito dessa ambivalência do imperativo categórico, materializa-se uma nova categoria, e

---

<sup>14</sup> JONAS, Hans. *O Princípio da Responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Editora Puc Rio. 2006

identifica-se a justiça, na dimensão política, como um imperativo jurídico categórico.

Por fim, a assimilação de que a justiça climática, na condição de dimensão atualíssima da própria justiça política igualmente, portanto, tem a força imanente de um imperativo jurídico categórico lhe confere a robustez de um embasamento filosófico inquestionável, que sequer precisa de demonstração empírica, e lhe alça a uma superior condição de exigência moral universal, certamente lhe colocando em melhores condições para uma batalha pela efetividade.

## Referências

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2ª Edição, revista e ampliada. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres e Compensação climática no Brasil**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro, *Lúmen Iuris*, 2019.

EPA. *United States Environmental Protection Agency. Environmental Justice*. Sítio eletrônico: <https://www.epa.gov/environmentaljustice>, acesso em 10 de outubro de 2019.

FARBER, Daniel. CARVALHO, Délton Winter de. **Estudos aprofundados em direito dos desastres**: interfaces comparadas. Appris Editora, 2ª Edição, Curitiba, 2019.

FARBER, Daniel; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert. R.M.; SUN, Lisa Grow. **Disaster Law and Policy**. New York: Aspen Publishers, 2010

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado. Tradução Ernildo Stein. 3ª Edição. São Paulo. Martins Fontes, 2005.

JONAS, Hans. **O Princípio da Responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Editora Puc Rio. 2006.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. 4ª Edição. Cone Editora. Coleção Fundamentos do Direito. 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Portugal, Lisboa: Edições 70, 1986.

Mary Robinson Foundation—Climate Justice. (n.d.). **Principles of climate justice**. Retrieved, 2019 from <[www.mrfcj.org](http://www.mrfcj.org)>

ROBINSON, Mary Therese Winifried. **Mary Robinson Foundation**, 2019. sítio eletrônico: <https://www.mrfcj.org/pdf/Principles-of-Climate-Justice.pdf>, acesso em 12 de outubro de 2019.

WALLACE-WELLS, David. **A Terra inabitável**. Uma história do futuro. Tradução Cássio de Arantes Leite. Companhia das Letras, 2019.

## Fundamento ético-filosófico da punição em Kant, Hegel e Bentham

*Sara Alacoque Guerra Zaghlout*<sup>1</sup>

*Paulo Thiago Fernandes Dias*<sup>2</sup>

### Introdução

O presente texto surgiu de um debate iniciado durante as aulas do doutorado ministradas pelo professor Dr. Vicente de Paulo Barretto. Ele trazia discussões sobre a ausência de um discurso que legitimasse a atuação do Estado na questão da punição, sobretudo na despreocupação em se debater a natureza ética da punição. Trazendo a necessidade em se analisar o “por que se pune?”, isso quer dizer, o fundamento ético-filosófico da punição. Devendo-se buscar a causa-razão da punição para só depois poder adentrar na sua necessidade. Como coloca Barretto e Gomes: “uma coisa é a punição em si, como resposta ética ao delito; e outra coisa são os fins que se quer e se pode perseguir com a aplicação das penas, uma vez que esteja assentada a necessidade da resposta punitiva”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Mestra Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Direito pela Faculdade de Imperatriz. Advogada.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor de Direito Penal na Universidade CEUMA e de Direito Processual Penal na Faculdade UNISULMA-IESMA. Advogado.

<sup>3</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 15

Para contribuir com tal debate, ante à alta complexidade da sociedade contemporânea e a necessidade de uma justificativa legítima e filosófica para a punição, optou-se por resgatar as principais ideias acerca da punição nos pensamentos de Kant, Bentham e Hegel, ainda que de forma breve, uma vez que estes autores tratam da punição sob o viés da investigação do fundamento ético do porquê punir, mesmo que concorrentes naquele período histórico.

Para tanto, utilizou-se de análise bibliográfica para revisitar as principais ideias referentes ao tema.

### **1 Viés ético-filosófico da punição - Kant**

Para Barreto<sup>4</sup>, é possível ver no século XVIII um desdobramento do pensamento de Immanuel Kant, do qual se retira a questão da punição do contexto da religiosidade para colocá-lo no campo da moralidade humana. Kant sustenta que a pena se justifica em si mesma, não tendo como objetivo realizar qualquer outra finalidade, seja para a sociedade, seja para si mesmo. Devendo a pena ser aplicada pela única razão de o criminoso ter cometido um crime. Uma vez que o homem não deve ser visto como um meio, pois “a lei penal é um imperativo categórico e infeliz daquele que desliza nos anéis serpenteados do hedonismo para encontrar alguma coisa que, mais do que promete, o livrará de pena ou a atenuará”<sup>5</sup>, ou seja, sua ética da punição é contrária a qualquer método que pretenda castigar ao fundamento da mera utilidade social. Kant, portanto, nega qualquer tipo de função preventiva – especial ou geral – da pena.

A teoria kantiana da punição tem sido vista, tanto entre filósofos quanto para juristas, como sendo puramente retributiva. Barreto e Gomes<sup>6</sup> acreditam que isso se deve ao fato de a ideia da punição de Kant

---

<sup>4</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 159

<sup>5</sup> KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. p. 176

<sup>6</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 75



entrar em conflito com o entendimento moderno e monístico da punição. O problema está no fato de que Kant considera não apenas uma, mas duas faces da punição, sendo cada uma delas independentes e mutuamente limitadas. A primeira é a ameaça que a sociedade civil emprega para impedir ações humanas destinadas a infringir o direito dos outros, enquanto a segunda é a retribuição na execução da ameaça, cuja intenção é limitar a reação estatal e garantir o respeito ao indivíduo. Dessa forma, essa primeira face diz respeito à lei penal em abstrato, por exemplo: o artigo 121 do Código Penal pretende constranger as pessoas a não matarem a partir da ameaça da pena prevista. Já a segunda face se dá após o cometimento do crime, na execução da pena ameaçada, e se preocupa com a retribuição para que se iniba a reação estatal desmedida e se mantenha o respeito ao indivíduo<sup>7</sup>.

Ou seja, a sua execução presume a limitação da ação pública no campo da tese da retribuição pelo respeito ao indivíduo como um fim em si mesmo e não como um meio para realizar algum fim social<sup>8</sup>. Para Byrd, a teoria kantiana, nesse sentido, serve como ferramenta teórica para que se questionem políticas públicas baseadas na análise econômica da punição e do crime<sup>9</sup>.

Na obra *Metafísica dos Costumes*<sup>10</sup>, Kant, em uma de suas passagens mais conhecidas, diz que mesmo que um dia a sociedade civil resolvesse se dissolver com o consentimento de todos os seus membros, como por exemplo no caso de habitantes de uma ilha deserta que resolvem se separar e se espalhar pelo mundo, o último assassino na cadeia deveria ser executado antes que a dissolução continuasse. Por essa e por outras passagens, foi atribuído a Kant o título de defensor mais radical da retribuição

---

<sup>7</sup> BYRD, Sharon. Kant's theory of punishment: deterrence in its threat, retribution in its execution. In: BYRD, Sharon; HRUSCHKA, Joachim (eds.). *Kant and law*. Aldershot: Ashgate, 2007

<sup>8</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

<sup>9</sup> BYRD, Sharon. Kant's theory of punishment: deterrence in its threat, retribution in its execution. In: BYRD, Sharon; HRUSCHKA, Joachim (eds.). *Kant and law*. Aldershot: Ashgate, 2007

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de José Lamego. 2. ed.. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011

como fundamento da punição. Porém, o *ius talionis* (direito de retribuição) deve ser analisado no quadro de um sistema judicial, onde os tribunais e leis irão determinar a punição e não o julgamento privado. Dessa forma, a retribuição não deve ser vista como uma finalidade, mas sim como uma limitação ao poder punitivo do Estado. Isso servirá como garantia para quando o indivíduo ao sofrer a pena não seja tratado como instrumento ou meio para atingir um fim social, mas considerado como tendo um fim em si mesmo.

O que há de se retirar da visão kantiana é que a violação criminal obriga que se desloque o objetivo da punição e que se imponha o tratamento justo ao agente punido. Kant alega que a única maneira de se ter um tratamento justo é a equiparação da ação criminosa com a severidade da ofensa praticada, diante disso, não podem ser consideradas as razões que justifiquem graus de punição. Assim, a lei penal aplicada pelo juiz é um imperativo categórico que não aceita considerações externas ao ato de punir, ou seja, sua imposição independe de seus efeitos serem bons ou ruins; é uma exigência moral derivada dos primeiros princípios. Assim, considerações externas tais como conferir a causa do crime de alguém a determinações exteriores à vontade do agente, como as causas sociais ou econômicas, não se coadunam com a noção negativa de liberdade assente na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, uma vez que a liberdade é capaz de produzir efeitos no mundo independente de causas estranhas a ela própria. O ato de punir, para Kant, está vinculado ao exercício da liberdade de todos, garantida pela sociedade civil, decorrendo da responsabilidade moral pela ação praticada.

Para Byrd, Kant confere à lei criminal o desígnio de dar segurança para a vontade comum, o que não pode ser atingível com uma teoria retributiva, uma vez que a retribuição acontece após a consumação do delito<sup>11</sup>. Devendo distinguir dois momentos punitivos, pois “a punição é ameaçada para induzir a observância de normas de direito criminal ou

---

<sup>11</sup> BYRD, Sharon. Kant's theory of punishment: deterrence in its threat, retribution in its execution. In: BYRD, Sharon; HRUSCHKA, Joachim (eds.). **Kant and law**. Aldershot: Ashgate, 2007, p. 305

para deter violações, mas é executada de acordo com as demandas da justiça estatal no princípio da retribuição, porque o ator violou a norma”<sup>12</sup>. Dessa forma, Byrd aponta que “a distinção entre punição como uma ameaça ativamente usada para prender um indivíduo às regras de conduta e a execução da punição como uma resposta para uma quebra da obrigação que é de cada um foi feita tanto antes como imediatamente após a filosofia crítica de Kant”<sup>13</sup>.

Assim, a lei penal procura garantir a ordem social por meio da ameaça da punição. Essa ameaça é instrumental por sua natureza e é utilizada para impedir violações. Sendo o “princípio da retribuição, aparentemente brutal em sua radicalidade, o resultado final da fidelidade de Kant aos valores libertários e ao valor absoluto de cada indivíduo como agente moral”<sup>14</sup>. Essa atribuição de agente moral (dotado de racionalidade e autonomia de vontade) servirá como justificador da teoria da punição em Kant.

Em relação ao tipo e à quantidade de punição jurídica, Kant fixa o justo princípio da igualdade, que se expressa, antes de tudo, pelo fato de que o mal atingido a outra pessoa é um mal que o criminoso atinge a si próprio. Portanto,

Só a lei de retribuição (*ius talionis*), mas, bem entendido, na condição de se efectuar perante a barra do tribunal (não no teu juízo privado), pode indicar de maneira precisa a qualidade e a quantidade de pena; todos os demais oscilam aqui e acolá e, porque se imiscuem outras considerações, não têm adequação ao veredicto da justiça pura e rigorosa<sup>15</sup>.

Ou seja, somente a lei do talião, imposta pelos tribunais, pode garantir com exatidão a qualidade e intensidade da pena. Barretto acredita que

---

<sup>12</sup> BYRD, Sharon. Kant’s theory of punishment: deterrence in its threat, retribution in its execution. In: BYRD, Sharon; HRUSCHKA, Joachim (eds.). **Kant and law**. Aldershot: Ashgate, 2007, p. 305-306

<sup>13</sup> BYRD, Sharon. Kant’s theory of punishment: deterrence in its threat, retribution in its execution. In: BYRD, Sharon; HRUSCHKA, Joachim (eds.). **Kant and law**. Aldershot: Ashgate, 2007, p. 306

<sup>14</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 76

<sup>15</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução de José Lamego. 2. ed.. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 209-210

é nessa linha de pensamento, absolutamente filosófico-moral, que se deve entender o pensamento de Kant, visto que é com essa razão que o filósofo ampara a legitimidade da pena de morte:

[...] mas se o criminoso praticou um homicídio, deve morrer, não existindo nenhuma comutação de pena que possa satisfazer a justiça... Mesmo se a sociedade civil acabasse dissolvendo-se com o consentimento de todos os seus membros (como, por exemplo, se o povo habitante de uma ilha decidisse a sua separação e se dispersasse por todo o mundo), o último assassino que se encontrasse prisioneiro deveria ser preliminarmente executado, a fim de que cada um experimente o valor de seus atos, e que o sangue vertido não recaia sobre o povo que não tenha desejado esse castigo, pois seria considerado cúmplice dessa violação da justiça pública<sup>16</sup>.

A noção que ampara a reflexão kantiana é a da igualdade a ser assegurada pela punição. Nessa situação, Kant critica o “sentimento de humanidade afetada (compassibilitas)”, que se encontra no livro de Beccaria. A exposição de Beccaria vai no sentido de a pena de morte não poder ser aceita no contrato social, uma vez que significaria que o indivíduo, caso praticasse um homicídio, admitiria de forma livre a sua própria morte. Para Kant “ninguém é punido por ter desejado a pena, mas por ter escolhido uma ação punível”, a partir da autonomia da vontade caracterizada pelo princípio da liberdade de seres racionais. E dessa forma, somente com a pena de morte (no caso do homicídio) seria possível garantir a igualdade uniforme, fundamento último da justiça<sup>17</sup>.

É possível dizer que a teoria kantiana da pena se encontra em “frontal oposição à teoria penal iluminista, que de uma forma geral sustenta a tese de que a sanção penal se justifica somente pelo seu caráter dissuasório ou intimidador”<sup>18</sup>. Kant alega que a teoria utilitarista do século XVIII deteriora

---

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução de José Lamego. 2. ed.. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 216

<sup>17</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 159-160

<sup>18</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 77

o homem ao transforma-lo em um meio para a sociedade, pois faz com que se desrespeite a dignidade da pessoa, sendo deveras injusta. Dessa forma, a lei penal, por ser um imperativo categórico, não pode responder às ponderações de caráter empírico-pragmático, como a finalidade de intimidação ou de inserção social, que estão subentendidas no projeto iluminista. A noção de punição kantiana converte-se, então, em uma noção determinante a priori do conceito de direito. Barretto pontua que a crítica que se faz na atualidade, em relação à teoria kantiana, está na dificuldade de se romper com o seu caráter rigoroso e formalista<sup>19</sup>.

Entretanto, é necessário deixar claro que a punição para Kant, define-se, principalmente, por ser uma retribuição pautada na igualdade. Assim, tanto a lei do talião quanto a pena de morte são explicadas pelo filósofo a partir desse ponto de vista. “A defesa de medidas radicais na pena do filósofo da liberdade aparece como escandalosamente contraditórias”. Entretanto, é necessário que se faça “uma leitura mais sofisticada do texto kantiano sobre a punição e a pena, principalmente nos trechos em que se mostra incoerente com as próprias bases da sua filosofia moral”<sup>20</sup>.

A partir disso, Barreto expõe a abordagem de Hoffe, que propõe a análise do projeto kantiano em três níveis: “o primeiro, no qual se encontra a razão última da punição, quando a lei moral e a lei jurídica não podem ser pensadas sem o elemento da punição; o segundo irá demonstrar como existe uma relação analítica entre o direito e a faculdade de coerção”, e por último, “como a punição se aplica no quadro do estado de direito público, necessário para a garantia dos direitos naturais e legítimos”<sup>21</sup>.

Barreto acredita que é necessário “ler para além da estrutura formal desenvolvida no texto de Kant e analisá-lo no contexto mais amplo de sua teoria moral”. Dessa forma, Kant critica as teorias relativas da pena, que

---

<sup>19</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 160

<sup>20</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 77

<sup>21</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 160

enxergam o criminoso como sendo um meio para se garantir o bem daquele próprio criminoso ou da sociedade civil, por meio da intimidação utilizada como prevenção contra crimes futuros, uma vez que se analisa a instituição de punição e não o sistema de aplicação das penas<sup>22</sup>.

Por fim, Barreto acredita que a proposta da compreensão kantiana apresentada por Höffe possibilita que se estabeleça a apreciação da pena de forma diferente daquela que se refere à aplicação da pena legal. Dessa forma, Kant sustenta que o direito de punir pode trazer a pretensão de corrigir, de inserção e de intimidação (mas em um outro nível ético e prático), não podendo a inserção social, a intimidação e a recuperação do cidadão serem vistas simplesmente como fins últimos da punição. Assim, “a legítima intimidação reside na justiça da penalidade com que se sente ameaçado o criminoso”<sup>23</sup>.

## 2. Utilitarismo da pena - Bentham

A posição utilitarista se distingue do retributivismo ao refletir para o futuro, nas consequências que a punição irá trazer. Essa corrente remonta às ideias de Bentham<sup>24</sup>, que de maneira sucinta vai dizer que sua teoria decorre do fato de a natureza ter colocado o homem frente ao que se refere como “dois senhores”, a dor e o prazer.

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 161

<sup>23</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 161

<sup>24</sup> BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. In: TONRY, M. (Ed.) **Why Punish? How Much? A reader on Punishment**. New York: Oxford University Press, [1822] 2011.

<sup>25</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**, 1ª ed., Victor Civita, 1974, p. 9

A partir disso, parte-se da ideia de que os indivíduos são governados pelos ditames do prazer e da dor, e um legislador hábil, ao elaborar as regras, deve levar em consideração a necessidade de utilizar esse instrumental para conseguir a obediência das pessoas às condutas prescritas (ocasião em que a sanção surgirá como importante aparelho de dissuasão através dos castigos).

Assim, o legislador obedecendo o princípio da utilidade, no qual aprova ou desaprova qualquer ação, levará em conta a tendência que esta possui para aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa, cujo interesse estará sob análise. Uma vez que o objetivo desse princípio é “construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”<sup>26</sup>. Sendo utilizado como parâmetro para aprovar ou desaprovar uma ação a partir da sua tendência em aumentar ou diminuir a felicidade (válida para toda ação, tanto se realizadas pelos indivíduos, quanto pelo governo).

Com isso é possível perceber que, a respeito das leis, Bentham acredita que elas sejam medidas governamentais que têm como objetivo aumentar a felicidade geral de toda a comunidade, o que levará à ideia de que elas devem ser elaboradas e apenas posteriormente aplicadas, devendo-se excluir tudo aquilo que for pernicioso.

Nesse sentido, Morrison<sup>27</sup> complementa ao dizer que “o direito objetiva aumentar a felicidade total da sociedade ao desestimular os atos que possam gerar más consequências”. E “um ato criminoso ou ilegal representam, por definição, uma prática claramente prejudicial à felicidade do corpo social; somente um ato que, de alguma forma específica, inflija na prática algum tipo de dor”, de forma a diminuir “o prazer de um indivíduo ou grupo específico – deve ser objeto da preocupação do Direito”.

Dessa forma, é justificado que os direitos de uma minoria sejam sacrificados em nome dos direitos de uma maioria<sup>28</sup>. Todavia, isso não é tão

---

<sup>26</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**, 1ª ed., Victor Civita, 1974, p. 9

<sup>27</sup> MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito** – dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 229

<sup>28</sup> Bentham defende que os direitos humanos não existem, são apenas uma construção teórica que não deve ultrapassar a importância da questão do prazer. “No law ought to be made that does not add more to the general mass of felicity than it takes from it. (...) What is the source of this premature anxiety to establish fundamental laws? It is the

simples. É necessário que se calcule o prazer e a dor. As sanções dão força vinculatória a uma regra de conduta ou lei, explícita Morrison,<sup>29</sup> e são, no total, de quatro tipos: físicas, públicas, morais ou religiosas. Para Bentham, as sanções seriam ameaças de dor. Conforme Morrison<sup>30</sup>:

Na vida pública, o legislador entende que os homens se sentem ligados a certos atos somente quando estes têm uma sanção clara a eles associados, e tal sanção consiste em alguma forma de dor se o tipo de conduta determinado pelo legislador for infringido pelo cidadão. Portanto, a principal preocupação do legislador é decidir que formas de comportamento tenderão a aumentar a felicidade da sociedade, e quais sanções serão mais passíveis de produzir essa maior felicidade. [...] Além disso, Bentham adotou a posição de que, sobretudo na esfera social em que o direito opera, a lei só pode punir aqueles que realmente infligiram sofrimento, qualquer que seja seu motivo, ainda que se admitam algumas exceções.

A partir disso, as leis, por possuírem sanções, vão atuar como resposta às ações perniciosas e ofensivas, “e é exatamente nesse ponto que se encaixará a punição segundo o utilitarismo benthamiano, na medida em que, para ele, a punição consiste num mal capaz de atuar apenas quando tiver a condição de evitar um mal maior, segundo o princípio da utilidade”<sup>31</sup>.

Entretanto, para Bentham, a felicidade de todos inclui a felicidade daqueles causadores de ofensas. O autor entende que toda punição é ruim, representando um prejuízo moral, mas, sob a luz do princípio da utilidade, ela deve ser admitida tão-somente enquanto pretender excluir um mal maior<sup>32</sup>. Deve ela ser útil para que, ao final se tenha mais prazer e felicidade.

---

old conceit of being wiser than all posterity—wiser than those who will have had more experience,—the old desire of ruling over posterity—the old recipe for enabling the dead to chain down the living.” (BENTHAM, Jeremy. *The Works Of Jeremy Bentham*. Londres: The Online Library Of Liberty, 1843. Disponível em: <[http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/1921/Bentham\\_0872-02\\_EBk\\_v6.o.pdf](http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/1921/Bentham_0872-02_EBk_v6.o.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2019.)

<sup>29</sup> MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito* – dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 227

<sup>30</sup> MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito* – dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 228

<sup>31</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. *A ética da punição*. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 71

<sup>32</sup> BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. In: TONRY, M. (Ed.) *Why Punish? How Much? A reader on Punishment*. New York: Oxford University Press, [1822] 2011, p. 63



Desta feita, não se trata de retaliação ou de vingança pura. Não devendo ser aplicada:

[...] (i) quando for infundada; por exemplo, quando ineficaz, no sentido de não ser capaz de impedir um ato prejudicial; (ii) quando for ineficaz, no sentido de não ser capaz de impedir um ato prejudicial; por exemplo, quando uma lei criada depois do ato for retroativa, ou *ex post facto*, ou quando uma lei já existe mas não foi publicada. A punição também seria ineficaz quando estivessem envolvidos uma criança, um louco ou um bêbado, ainda que Bentham admitisse que nem a infância nem a intoxicação eram bases suficientes para a ‘impunidade absoluta’. A punição também não deve ser infligida (iii) quando for improficua ou excessivamente onerosa, ‘quando os danos em que resultasse fossem maiores do que aquilo cuja ocorrência impedisse’; (iv) quando for desnecessária, ‘quando o dano puder ser impedido ou interrompido sem ela, isto é, a um menor custo’, sobretudo nos casos ‘que consistem na disseminação de princípios perniciosos em matéria de dever’, uma vez que em tais casos a persuasão é mais eficaz do que a força<sup>33</sup>.

Tais hipóteses são obtidas a partir de um exame de proporcionalidade entre crime e punição. Assim, a finalidade da lei é a de evitar danos para todos, e isso, tal como diz Bentham, é o que vai fazer a punição ser um custo a se pagar, segundo o princípio da utilidade. A partir disso, Betham “avalia as hipóteses em que o prejuízo a ser evitado não vale a pena ser aplicado e o objetivo aqui referido não pode ser atingido”.

Porém, há quatro normas de medição utilitária que são utilizadas como limites mínimos, de forma a não ser possível reduzir o castigo imposto, são elas:

a) o valor da punição não pode ser inferior àquele necessário para superar o valor do benefício da ofensa do crime; b) quanto maior for o prejuízo derivado do crime, tanto maior deve ser o preço que valha ao criminoso a pena pagar pelo seu cometimento; c) quando houver dois crimes concorrendo, que a punição do maior seja suficiente para induzir o sujeito a optar por praticar o menor; d) a punição deve ser regulada de tal modo que no decorrer de um

---

<sup>33</sup> MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito* – dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 230

determinado crime em particular ela induza o agente a reduzir o prejuízo que pode ser causado em cada etapa desse crime<sup>34</sup>.

Há ainda uma norma de avaliação, segundo o princípio da utilidade, que é apontada ao limite do aumento da punição. Essa norma aponta no sentido de não ser possível que a punição seja maior do que o necessário para que esteja em consonância com todas as demais normas apontadas, isso quer dizer, “que esteja conforme o suficiente para reprovar a ação na medida do menos dispendioso possível”<sup>35</sup>.

É possível perceber que todas essas normas se destinam ao legislador, sendo possível apontar também uma sexta norma, destinada ao juiz, para que esse avalie a situação concreta de cada sujeito destinatário da punição, na qual a sanção deve considerar as diferenças entre as pessoas<sup>36</sup>.

Para Barreto e Gomes<sup>37</sup>

Este aspecto da teoria filosófica do utilitarismo segundo Bentham se revela interessante na medida em que o cotejo entre dor e prazer em função da pena será aplicada e do crime que está na ação cujo prejuízo se quer evitar importa que do instituto da pena se possa extrair um aspecto de correspondência proporcional, calculada em função de uma retribuição que, além de si própria, ainda assume o aspecto da dissuasão prática criminosa, ou estabelece um gradiente de custo-benefício que poderá ser considerado pelo infrator, capaz de apontar para a ação ilícita que menor prejuízo venha a causar, exatamente porque também será a que menos pena lhe possa resultar.

Dessa forma, o utilitarismo aqui tratado vai de encontro ao crime/punição, “com a ideia da força da tentação que incide para que o sujeito acabe

---

<sup>34</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 73

<sup>35</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 73

<sup>36</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 73

<sup>37</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 73

praticando o crime, sempre em consideração de circunstâncias que possam interferir mais ou menos na tentativa e prosseguir numa ação prejudicial, à luz daquilo que valha ou não a pena”<sup>38</sup>.

### 3. Justiça da punição – Hegel

O princípio norteador da Filosofia do Direito hegeliana é a noção da liberdade, que compreende as distintas formas de materialização daquele princípio. Como “ciência filosófica do direito”, a finalidade é demonstrar a efetuação do conceito do direito na forma de direito abstrato, moralidade e eticidade. Assim, o “sistema do direito” é o reino da liberdade realizada”<sup>39</sup>

O direito abstrato, primeira figura da Filosofia do Direito hegeliana, apresenta as formas mais imediatas e indeterminadas da realização da liberdade. Tendo como ponto de partida a “pessoa do direito” enquanto capacidade jurídica, noção que implica competência para a titularidade de direitos. Liberdades e direitos fundamentais são a expressão dessa capacidade. O direito de uso e de alienação, que compõem o direito de propriedade, são o exemplo disso. Debater o tema da injustiça significa indagar em que medida o princípio da liberdade, na figura dos direitos fundamentais, é acatado ou infringido. Para tanto, é necessário ter em mente que a justiça está regulada a partir da autodeterminação e no reconhecimento mútuo.

Os alicerces da teoria hegeliana acerca do crime, pena ou punição podem ser arquitetados a partir da primeira parte da Filosofia do Direito – o Direito Abstrato – onde essa questão é debatida no nível das vontades individuais e livres. Assim, por se tratar de uma esfera de interação individual, não existe qualquer elemento que possa determinar um sistema legal, uma vez que as interações ocorrem somente entre duas pessoas, por meio de contratos e acordos sobre direitos.

---

<sup>38</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 73

<sup>39</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Philosophy of Right**. London: Oxford University Press, 1979, §4

Assim, tal como explicitam Barreto e Gomes<sup>40</sup>:

A propriedade refere-se às relações das pessoas com objetos externos; o contrato é o instrumento jurídico que regula as relações entre pessoas e através do qual se constitui uma “vontade universal”; a injustiça ou o erro materializa o conflito entre a “vontade universal”, implícita no reconhecimento mútuo entre as pessoas e “vontade particular, que pode contrair o universal e praticar o “mal”. Quando essa vontade toma a forma de uma violação interna do direito de outra pessoa, ela se torna um crime.

A partir dessa visão de violação do direito do outro é que a teoria hegeliana torna-se como retributiva<sup>41</sup>, no sentido de sustentar que um ato criminoso mereça ser punido tão-somente por se tratar de uma violação de direito. Ou seja, no sentido de a punição pelo crime cometido não ser apenas merecida, mas ser uma decorrência deste.

Hegel acredita que, por meio do ato criminoso, aquele que o comete anseia pela punição em razão da perda dos seus direitos. “É a teoria da perda de direitos, núcleo central da ideia de punição em Hegel, que torna o criminoso necessitado da punição”. Acreditando que “violando o direito do outro estou dando o meu consentimento expresso, pelo meu ato, de que o meu direito individual pode ser violado”<sup>42</sup>.

Firmar um contrato possibilita o direito de reivindicar seu cumprimento pelas partes. As vontades das partes, no plano do contrato, são firmadas no nível de uma vontade comum e universal; contudo, mesmo

---

<sup>40</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 78

<sup>41</sup> É importante pontuar que o que Hegel entende por retribuição não pode ser confundido com a noção popular de retributivismo como preceito legitimador de aplicação de qualquer pena a partir de um ideal particular de vingança. A ideia de retribuição diz respeito necessariamente a dois elementos presentes em sua teoria: a necessidade da culpa do criminoso para existir punição e a proporcionalidade entre o crime e a pena. Sendo abdicadas quaisquer propostas de fundamentação utilitaristas ou consequencialistas, uma vez que estas não respondem a pergunta “por que é justo punir?” Tal como esclarecem Barretos e Gomes: “punição é retribuição e é, assim, parente da vingança. A punição é vingança, mas com justiça. A punição, diferentemente da vingança, é uma resposta proporcional a uma ofensa reconhecida contra o direito – e por isso também a sua reafirmação como prevenção positiva -, a resposta e uma autoridade reconhecida imparcial, não do indivíduo ofendido ou de seus parentes. A vingança, ao contrário da punição, pode levar a uma interminável “troca de violência” de geração em geração”. (BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 83)

<sup>42</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 79

se tratando de vontades comuns no nível do contrato, conserva-se o seu caráter particular, não estando “além do nível da arbitrariedade”, e se uma vontade particular se manifestar de forma diferente ao pactuado no contrato: o pacto, por ventura, pode ser quebrado, ou seja, fica “sujeito ao injusto”<sup>43</sup>. O roubo, por exemplo, pode ser considerado como uma quebra do direito universal à propriedade; o homicídio, do direito à vida.

É possível afirmar, então, que a “injustiça é a negação do direito. E o direito nega essa negação e, assim, se restabelece. Injustiça é um direito particular negativo que vai estar em contraposição com o direito em si”. Dessa forma, “a punição, em Hegel, encontra sua base na necessidade de se responder a uma das modalidades de injustiça que ele identifica como sendo a oposição do direito em si a uma vontade (direito) particular que aparece com caráter negativo”<sup>44</sup><sup>45</sup>.

A liberdade do homem se materializa através da vontade que é manifestada externamente nas suas relações com a propriedade. É a partir desse contrato exterior que a vontade estará sujeita a sofrer violência e coação. Uma vez que violência e coação são vistas como abstratamente injustas, porque extinguem a vontade que está incorporada ao ser da liberdade e da própria vontade, e, concomitantemente acabam com a expressão da existência dessa vontade. Por isso que a primeira forma de coação é o crime praticado pelo ser livre: violência contra a liberdade.

Portanto, quando se viola o direito de outro, o real significado desse ato é a renúncia das pretensões em relação ao direito violado. Em consequência disso, quando se pune, o Estado viola o direito daquele que é

---

<sup>43</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Philosophy of Right**. London: Oxford University Press, 1979, §81

<sup>44</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 79

<sup>45</sup> No parágrafo 82, Hegel alega que o injusto se materializa em uma vontade individual que se põe contra a vontade universal, negando-a. Dessa forma, ao matar alguém, o criminoso tenta corroborar sua vontade particular como universal. O Estado, então, como reserva ética, tem a função de mostrar que a vontade do criminoso não está em consonância com a universal, por meio da negação do ato injusto. Caso não existisse, a negação da negação ratificaria o ato como justo. A ideia é restaurar a vontade individual sobre vontade universal como fornecedora daquilo que é de direito. Pontua-se que aqui a pena não é a resposta a uma lei positiva, sendo tão-somente a mera existência do injusto, sendo sua intenção a busca pela garantia do reconhecimento mútuo e o respeito ao direito. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Philosophy of Right**. London: Oxford University Press, 1979, §82)

punido, mas não comete nenhuma injustiça porque é como se houvesse um pedido para que se punisse em razão da sua própria vontade.

A responsabilidade do criminoso irá decorrer da pressuposição de sua liberdade, inclusive por ter decidido pelo cometimento do crime. Sendo a pena uma decorrência lógica do crime, a única maneira de respeitar a autonomia do criminoso como ente racional é através da punição. Ao cometer o crime, segundo Hegel, o criminoso consente com a pena, que é um direito do criminoso<sup>46</sup>.

Em resumo, para Hegel, crime é uma manifestação por meio da vontade de um ser racional e livre que lesa a liberdade de outro ser livre<sup>47</sup>. Nas palavras de Hegel:

95- A primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime. Nele são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade, mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertence – a capacidade jurídica-, e isso sem que haja a mediação da minha opinião. É o domínio do Direito pena<sup>48</sup>

Esse é o conceito de crime para Hegel. Entretanto, como a vontade livre exteriorizada (direito) assume várias formas, assim o faz também a coação que busca ofendê-la (crime). Por esse motivo que Hegel fala sobre crimes que violam a propriedade, a vontade (pessoa), o contrato etc. De modo a demonstrar o que o crime é em face da vontade externada da vítima.

Em relação a punição, na acepção de Hegel, esta consiste no papel mais importante e nobre através do qual a lei irá demonstrar o seu triunfo sobre o crime. Assim, através da punição, “o direito abstrato é mediado e levado à

---

<sup>46</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Philosophy of Right**. London: Oxford University Press, 1979, §100

<sup>47</sup> Pontua-se que quem realiza esta liberdade é o próprio Direito e ela assume várias formas (propriedade, contrato etc.).

<sup>48</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Philosophy of Right**. London: Oxford University Press, 1979, §95

mais completa e racional realidade. Depois de o crime ter momentaneamente, obscurecido a magnificência da lei, é o papel da punição mostrar para sempre a sua soberania”<sup>49</sup>.

Dessa forma, a punição tem relação direta com a teoria do direito abstrato, não fazendo nenhuma concessão às considerações consequencialistas ao alegar que a punição do criminoso não fere qualquer dos seus direitos. Determina, portanto, limites à punição, que, mesmo considerada uma violação de direito, não pode extrapolar em gravidade o direito violado pelo criminoso. Existe uma unidade de valor que deve ser mantida entre o crime e a punição, que, a partir da representação universal psicológica, Hegel irá buscar o sentimento geral dos povos e dos indivíduos, e com isso o crime irá merecer a punição e o criminoso deverá responder pelos seus atos.

Não há de se falar em bem ou mal, mas sim de justo ou injusto<sup>50</sup>. “Nesta discussão o crime não pode ser considerado como produção de um mal, mas como violação de um direito; e esta violação tem que ser corrigida”. A partir disso, deve-se “averiguar qual é a existência que contém o crime, pois esta existência é o verdadeiro mal que importa afastar e é nela que reside o ponto essencial”<sup>51</sup>.

## Considerações finais

Sem a pretensão de trazer respostas prontas, mas contribuir para o debate sobre o “por que se pune?” (fundamento ético da punição), o presente texto trouxe os principais aportes das teorias morais a respeito da punição nos trabalhos de Bentham, Kant e Hegel, abordando a questão da punição sob o prisma da investigação do fundamento ético de por que punir.

---

<sup>49</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 80

<sup>50</sup> Trata-se do logo racional: uma vida ética é uma vida justa e racional. Esse é o ponto central da filosofia do direito hegeliana.

<sup>51</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 81

Evidente que se tratando de um assunto tão complexo e caro, sobretudo por trazer autores de tamanha densidade e importância, o tema necessita ser melhor desenvolvido e aprofundado. Porém, dentro do que se propôs a debater, restou clara as principais ideias e problemáticas sobre a questão. Quais sejam:

1) Kant nega qualquer tipo de função preventiva – especial ou negativa – da pena. A ideia de Estado no pensamento kantiano advém do princípio moral de liberdade e não de um contrato social histórico. O direito percebido por Kant confere uma obrigação moral que restringe a liberdade, reconhecendo que no convívio coletivo a liberdade está adstrita pela liberdade do outro. Sendo a função do direito a de possibilitar a coexistência de diversos arbítrios. A partir disso, Kant entende o crime como sendo um abuso da liberdade individual (ação heterônoma) que enseja a legitimação da punição. Isso porque a ação delituosa contra o outro impede a coexistência pacífica das autonomias morais, entendendo que o réu deve ser punido pela única razão de ter cometido o crime, ou seja, não há preocupação em avaliar aspectos utilitários da pena, tanto para aquele que cometeu o delito como para a sociedade.

2) Bentham, a partir da corrente utilitarista, aceita a unidade ou o princípio maior da felicidade como fundamento moral, para o qual as ações são vistas como certas na medida em que tentam promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o oposto da felicidade. A partir disso, Bentham, no campo da punição, desenvolve um amplo sistema de controle social baseado no método de controle de comportamento humano de acordo com o princípio ético do utilitarismo. Assim, para Bentham, as ações possuem utilidade e tendem a produzir benefícios.

3) Em Hegel, o direito é a demonstração da vontade racional e o que é racional é real e o que real é racional, constituindo racionalidade e liberdade às bases do direito<sup>52</sup>. Como o delito é negação do direito e é visto

---

<sup>52</sup> Como é possível observar nas seguintes passagens nos §6 e §7: “The actuality of the rational stands opposed by the popular fancy that Ideas and ideals are nothing but chimeras, and philosophy a mere system of such phantasms. It is also opposed by the very different fancy that Ideas and ideals are something far too excellent to have actuality, or something too impotent to procure it for themselves. This divorce between idea and reality is especially dear to



como manifestação irracional da vontade, surge o confronto dialético entre as duas vontades, a racional (jurídica) e a irracional (delito). Com a aflição da pena, o delito é negado, sendo restaurado o direito lesado. Restando claro o seu caráter dialético no direito penal hegeliano, no qual importa a vontade geral (ordem jurídica) e a antítese é o delito, que nega a ordem jurídica. Na tentativa de sair da natureza exclusivamente punitiva da pena, pela pura prescrição de um mal anteriormente causado, o que para Hegel não seria racional, a aplicação da pena resultaria no restabelecimento da ordem jurídica, pois apenas com a punição é que o criminoso seria tratado com racionalidade. Só assim o criminoso seria honrado, dando-lhe não apenas algo justo em si, mas dando-lhe o seu direito. De forma que não só Kant, mas também Hegel, rejeitam os fins preventivos da pena, alegando que a ameaça da punição ao homem (um ser dotado de honra e liberdade) não pode ser fundamento para prevenção de delitos.

## Referências

- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- BARRETTO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes. **A ética da punição**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro, RS: Lumen Juris Editora, 2018, p. 77
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**, 1ª ed., Victor Civita, 1974.

---

the analytic understanding which looks upon its own abstractions, dreams though they are, as something true and real, and prides itself on the imperative 'ought', which it takes especial pleasure in prescribing even on the field of politics. As if the world had waited on it to learn how it ought to be, and was not! For, if it were as it ought to be, what would come of the precious wisdom of that 'ought?' [...] "This principle of Experience carries with it the unspeakably important condition that, in order to accept and believe any fact, we must be in contact with it; or, in more exact terms, that we must find the fact united and combined with the certainty of our own selves. We must be in touch with our subject-matter, whether it be by means of our external senses, or, else, by our profounder mind and our intimate self-consciousness. This principle is the same as that which has in the present day been termed faith, immediate knowledge, the revelation in the outward world, and, above all, in our own heart." (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (Org.). **Encyclopaedia of the Philosophical Sciences** (1830) Part One. Disponível em: <<https://www.marxists.org/reference/archive/hegel/works/sl/slintro.htm#SL6>>. Acesso em: 19 out. 2019.)

\_\_\_\_\_, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. In: TONRY, M. (Ed.) **Why Punish? How Much? A reader on Punishment**. New York: Oxford University Press, [1822] 2011.

\_\_\_\_\_, Jeremy. The Works Of Jeremy Bentham. Londres: **The Online Library Of Liberty**, 1843. Disponível em: <[http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/1921/Bentham\\_0872-02\\_EBk\\_v6.o.pdf](http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/1921/Bentham_0872-02_EBk_v6.o.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2019.

BYRD, Sharon. Kant's theory of punishment: deterrence in its threat, retribution in its execution. In: BYRD, Sharon; HRUSCHKA, Joachim (eds.). **Kant and law**. Aldershot: Ashgate, 2007

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Philosophy of Right**. London: Oxford University Press, 1979

\_\_\_\_\_, Georg Wilhelm Friedrich (Org.). **Encyclopaedia of the Philosophical Sciences** (1830) Part One. Disponível em: <<https://www.marxists.org/reference/archive/hegel/works/sl/slintro.htm#SL6>>. Acesso em: 19 out. 2019

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução de José Lamego. 2. ed.. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011

\_\_\_\_\_, Immanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993

## **A negação de direitos humanos via necropolítica criminal de guerra às drogas: do proibicionismo à desumanização dos excluídos sociais**

*Paulo Thiago Fernandes Dias*<sup>1</sup>

*Sara Alacoque Guerra Zaghlout*<sup>2</sup>

### **Introdução**

Esta investigação se dedica ao estudo crítico da Política Criminal de Guerra às drogas, com ênfase na violação aos Direitos Humanos das pessoas ou grupos vulneráveis que vêm sendo vitimados pela atuação estatal, notadamente em razão do proibicionismo e da militarização da matéria.

Considera-se, no âmbito da guerra às drogas, que a saúde pública (enquanto bem jurídico supostamente tutelado pela norma penal e justificador do proibicionismo), não recebe, por meio de sua rede de atendimento (hospitais, clínicas especializadas, etc.), a mesma atenção que é dada aos órgãos de segurança. Tal constatação só reforça a ausência de efetiva preocupação com a saúde de usuários ou não usuários de drogas, pois o que se verifica é a verdadeira ocupação militar de localidades periféricas, nas quais, costumeiramente, residem os excluídos sociais. Refere-

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Membro do grupo de pesquisa “Liberdade e Garantias”, sob a coordenação do Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy. Professor, em nível de graduação, de Direito Penal na UNICEUMA e de Direito Processual Penal na UNISULMA. Advogado. Lattes: [lattes.cnpq.br/424735323466382](https://lattes.cnpq.br/424735323466382).

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS/RS. Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Processo Penal pela Faculdade Anhanguera. Advogada. Bolsista CAPES. Membro do grupo de pesquisa “Liberdade e Garantias”, sob a coordenação do Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy. E-mail: [sah.alacoque@hotmail.com](mailto:sah.alacoque@hotmail.com)

se à chamada militarização<sup>3</sup> do social ou hipermilitarização do cotidiano<sup>4</sup>. Nesse sentido, a associação do bem jurídico “saúde coletiva” ao crime de tráfico de drogas é meramente retórica, diante da ausência de qualquer política pública, não militarizada, para o enfrentamento da questão.

Assim, o que se observa é a criação de inimigos públicos, aos quais se nega a condição de pessoa humana. Esses alvos do Sistema de Segurança Pública são devidamente caçados. Referidos alvos são seletiva, estigmatizante e maniqueísticamente construídos por pré-conceitos étnicos, políticos e socioeconômicos. Com isso, as forças de segurança são direcionadas aos alvos preferenciais do sistema: a população negra, pobre e periférica – aqueles definidos como “consumidores falhos ou excluídos do jogo” por Bauman<sup>5</sup>. Segundo dados do Monitor da Violência, para o ano de 2019, “**2.886 pessoas foram mortas por policiais** no 1º semestre no Brasil – um **aumento de 4,3%** em relação ao mesmo período de 2018”<sup>6</sup>. Ademais, segundo o Atlas da Violência publicado em 2019, em termos proporcionais, “[...] para cada indivíduo não negro que sofreu homicídio em 2017, aproximadamente, 2,7 negros foram mortos”<sup>7</sup>.

Diante do exposto, esta pesquisa se debruçará, por meio de revisão bibliográfica, sobre a relação entre as políticas proibicionista implantada no campo das drogas e aquela, segundo a qual, decide-se pela vida ou morte de determinados grupos, para os quais se nega o direito à própria

---

<sup>3</sup> “O militarismo constitui um vasto conjunto de hábitos, interesses, ações e pensamentos associados com o uso das armas e com a guerra, mas que transcende os objetivos puramente militares. O militarismo é tal que pode até chegar a dificultar e impedir a consecução dos próprios objetivos militares. Ele visa a objetivos ilimitados; objetivos de impregnar a indústria e a arte, conferir às Forças Armadas superioridade sobre o governo; rejeita a forma científica e racional de efetuar a tomada de decisões e ostenta atitudes de casta, de culto, de autoridade e de fé” BOBBIO, N. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª Ed, 2010, p. 748.

<sup>4</sup> CAMARGO, Geovane Matheus; BORDIN, Marcelo; MORAES, Pedro Rodolfo Bodé de. Da guerra às drogas à hipermilitarização do cotidiano. **Geographia Opportuno Tempore**, Londrina, v. 4, n. 1, p. 149 – 164, 2018.

<sup>5</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 57.

<sup>6</sup> VELASCO, Clara; GRANDIN, Felipe; REIS, Thiago. Mortes por policiais no Brasil sobem 4% no 1º semestre; RJ e PA têm alta, mas 15 estados registram queda. Publicado no **Monitor da Violência** em 10 out. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/10/14/maioria-dos-estados-registra-queda-no-no-de-pessoas-mortas-pela-policia-brasil-porem-tem-alta-no-dado-no-10- semestre.ghtml>. Último acesso em 15 out. 2019.

<sup>7</sup> IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Org.). **Atlas da Violência 2019**. Brasília: 2019. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 23 ago. 2019.

humanidade. Aqui se apropriando do conceito de necropolítica, pensado e trabalhado por Mbembe, que considera a guerra como um instrumento capaz de, ao mesmo tempo, obter a soberania, mas também de definir quando matar<sup>8</sup>.

Estaria o Estado brasileiro relativizando o conceito de dignidade humana (e de direitos humanos) dentro de seu próprio território e para determinada parcela de sua população que, a despeito de numerosa, é tradicionalmente vulnerável? Como compatibilizar a política criminal de guerra às drogas com a doutrina e defesa efetiva dos direitos humanos?

O primeiro capítulo versará sobre o proibicionismo do uso e da comercialização das drogas, ressaltando e criticando as razões discriminatórias que lhe dão sustento. Enquanto que o segundo tópico discorrerá sobre a própria concepção de dignidade humana, imprescindível para falar-se em direitos humanos, e que é desconsiderada, em relação a referidos grupos vulneráveis, a quando da aplicação da política criminal de guerra às drogas.

## **1. A política criminal de guerra às drogas: do proibicionismo à definição dos indesejáveis**

Defende-se que o vernáculo droga é uma palavra sem definição, pois ela é utilizada de maneira genérica para abarcar uma série de substâncias diferentes entre si, até mesmo na sua capacidade de alterar a condição física e/ou psíquica de quem a consome. A confusão consegue ser ainda maior quando se entra no mérito daquelas que são consideradas permitidas – mas que também possuem capacidade de alteração física e/ou psíquica. Assim, “o importante, portanto, não parece ser nem a substância, nem sua definição, e muito menos sua capacidade ou não ou de alterar de

---

<sup>8</sup> MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Arte & Ensaios*. Revista do PPGAV/EBA/UFRJ. Rio de Janeiro: n. 32, p. 122-151, dezembro 2016.

algum modo o ser humano, mas muito mais o discurso que se constrói em torno dela”<sup>9</sup>.

Por essa razão, fala-se em “droga” e não em “drogas”, pois quando se agrupam na mesma categoria é fácil confundi-as em lícitas ou ilícitas, conforme a conveniência. Permite-se, com isso, englobar também o mesmo discurso para o ator em questão – consumidor ou traficante –, “indivíduo que se converterá, no discurso, na expressão concreta e tangível do terror”<sup>10</sup>.

Inúmeros discursos erguidos em torno da droga assentiram na criação de estereótipos indispensáveis para legitimar o controle social formal, da qual a expressão máxima em relação às drogas é, em especial, o discurso médico, o cultural, o moral, o jurídico e o político-jurídico<sup>11</sup>.

O discurso médico se concentra concretamente no âmbito da saúde pública, sendo resultado da difusão do modelo médico-sanitário<sup>12</sup>. Rosa Del Olmo leciona que o drogado é “doente” e a droga um “vírus”, uma “epidemia”, criando o estereótipo da dependência<sup>13</sup>.

O discurso dos meios de comunicação retrata o consumidor como aquele que se contrapõe ao consenso, trazendo a nomenclatura “drogado”. Esse discurso colabora para a criação do estereótipo cultural que, ao rotulá-lo de “viciado” e a droga como “prazer proibido”, propaga o estereótipo moral, mas que não possui a sua ascendência apenas no discurso dos meios de comunicação, mas também no discurso jurídico, acarretando em um afastamento cada vez mais perceptível entre drogas lícitas e drogas ilícitas, mas principalmente entre os que consomem umas e outras<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 22.

<sup>10</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 23.

<sup>11</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 23-25.

<sup>12</sup> Para o discurso médio-sanitário a droga é um produto, da mesma maneira que um produto de qualquer encadeamento infeccioso que se hospeda e se empossa no enfermo. Os adeptos desse discurso acreditam em contágio e epidemia e, logo, quem é contagiado por esse produto é “enfermos” e deve ser tratados. (BLENGIO, Martha E. Roque de; EROSA, Fernando. Psicologia del consumidor de drogas. In: Drogas: abordagem interdisciplinar. **Fascículo de Ciências Penais**, ano 3, v. 3, 1990, p. 53).

<sup>13</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 23-24.

<sup>14</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 24.

Esses discursos ganham força com o de ordem jurídica, o qual retrata como perigosas todas as drogas e as pessoas que entram em contato com elas, o usuário e o traficante. Simultaneamente, legitima a diferença entre o “bem” e o “mal” ao afirmar serem proibidas apenas as condutas que tenham a ver com a droga definida por esse mesmo discurso<sup>15</sup>. O discurso jurídico, portanto, aposta numa narrativa maniqueísta para trabalhar a temática referente à proibição das drogas.

Constrói-se, então, um estereótipo criminoso, vigente a contar da existência de legislações sobre as drogas. Hodiernamente, ele se tornou um estereótipo político-criminoso, por valer-se do discurso político para convalidar-se como discurso jurídico. A droga é retratada como “inimiga”, e o traficante – peça central de empenho deste discurso –, como “invasor”, ou mais precisamente como “narcoterrorista”<sup>16</sup>.

Dirigir a questão da droga por meio desses discursos só contribuiu para intensificar a desordem atuante e desacreditar suas legítimas dimensões psicológicas e sociais. Os estereótipos são utilizados para regularizar e dar razão ao discurso em matéria de interesses e ideologias dominantes<sup>17</sup>.

Contudo, as drogas nem sempre estiveram na mira do protagonismo do controle social. Elas apenas se tornaram um empecilho “quando deixaram de ter exclusivamente valor do uso para adquirir valor de troca e converteram-se, assim, em mercadorias sujeitas às leis da oferta e da procura”<sup>18</sup>.

Na década de 1950, a droga era vista como um universo misterioso, vinculado especialmente aos opiáceos – morfina e heroína –, próprios “de grupos marginais da sociedade, desde integrantes da aristocracia europeia, médicos, e intelectuais, músicos de jazz e grupos de elite da América Latina, até delinquentes comuns”<sup>19</sup>, não sendo vista como um problema, pois ainda não tinha alcançado a relevância econômica-política de hoje, nem expandido

---

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Op. Cit., p. 25.

<sup>18</sup> Op. Cit., p. 65.

<sup>19</sup> Op. Cit., p. 29.

o seu consumo. Nos Estados Unidos, essa despreocupação deu-se principalmente pelo fato de que as drogas estavam limitadas aos negros e aos guetos urbanos. Nessa época, a maconha era chamada de “erva assassina”, uma vez que era associada com a criminalidade, a violência e a agressividade. Nesse mesmo período, a Inglaterra passou a considerar a droga como ameaça social, pois a relacionava à imigração negra das Antilhas e do Oeste da África, retratando essas pessoas negras como “depravados sexuais” à procura de suas vítimas entre jovens inglesas.

Pregava-se o discurso da perversão moral e os consumidores eram considerados degenerados e/ou criminosos, viciados em orgias sexuais. Esse manifesto promovia a associação de drogas ao sexo despuadorado, e assim começava a se impor o modelo médico-sanitário. Entretanto, predominava o discurso ético-jurídico, com seu estereótipo moral, que considerava a droga como sinônimo de periculosidade<sup>20</sup>.

Nos anos 1960, o consumidor não era mais delinquente, o discurso estava mudando. Razão disso, era que o consumo de drogas tinha chegado aos jovens de classe média dos Estados Unidos. Del Olmo marca esse período como sendo decisivo para a difusão do modelo médico-sanitário em relação à droga como sinônimo de dependência<sup>21</sup>.

Nesse período, as drogas eram associadas aos movimentos de contracultura e contestação, aparecendo como instrumento de protesto entre os jovens contra as políticas armamentistas, criando as primeiras dificuldades sobre as agências de controle penal. A música, a literatura, o cinema, as artes plásticas junto com outros elementos da cultura vão compor o quadro de elementos reivindicatórios junto com o consumo de drogas<sup>22</sup>.

Uma série de acontecimentos, que só se enunciavam, contribuiu para isso: era o início da década da rebeldia juvenil, da chamada “contracultura”, das buscas místicas, dos movimentos de protesto político, das

---

<sup>20</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 30.

<sup>21</sup> Op. Cit., p. 35.

<sup>22</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.



rebeliões dos negros, dos pacifistas, da Revolução Cubana e dos movimentos guerrilheiros na América Latina, da Aliança para o Progresso e da guerra do Vietnã. Estava-se transtornando o “American way of life” dos anos anteriores; mas sobretudo era o momento do estouro da droga e também da indústria farmacêutica nos países desenvolvidos, especialmente nos Estados Unidos. Surgiam as drogas psicodélicas como o LSD com todas as suas implicações, e em meados da década aumentava violentamente o consumo de maconha, já não só entre os trabalhadores mexicanos, mas também entre os jovens de classe média e alta<sup>23</sup>.

O sucesso da droga era enigmático, não pela sua quantidade, mas pela sua popularidade, o uso já não era próprio só dos negros ou concentrado nos guetos urbanos, nem pobres ou delinquentes, mas também dos jovens americanos brancos de classe média consequentemente, gerou-se uma espécie de “pânico moral” que, por sua vez, iria incitar forte produção legislativa em matéria penal<sup>24</sup>. A Convenção Única sobre Entorpecentes, que foi aprovada 1961 em Nova York, é reflexo disso<sup>25</sup>.

Surge então, um discurso médico-jurídico que classifica o consumidor de drogas como doente, e o traficante, como delinquente. Em consequência disso, nascem dois estereótipos: o da dependência e o do criminoso. As autoridades lançam campanhas de erradicação do problema, em especial da maconha, uma verdadeira luta do bem contra o mal, e à droga é atribuído um perfil demoníaco, criando um pânico coletivo, no sentido de que estariam atacando os filhos de boas famílias<sup>26</sup>.

Essa luta do bem contra o mal fica bem caracterizada na Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961. No preâmbulo da Convenção, o intuito do estatuto era estabelecido em relação à saúde física e moral da sociedade, sendo a droga avaliada como um grave mal para o indivíduo, constituindo

---

<sup>23</sup> DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 33.

<sup>24</sup> DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 34.

<sup>25</sup> CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

<sup>26</sup> DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 58.

perigo social e econômico para a humanidade. O combate a esse mal ocasionaria uma ação conjunta e universal, guiada por princípios análogos e objetivos comuns. Dessa feita, a Convenção chegaria a substituir os tratados existentes sobre entorpecentes, constituindo uma política internacional de controle de drogas<sup>27</sup>.

Ou seja, nos anos 1960, observa-se um duplo discurso em relação à droga, que pode ser chamado de discurso médico-jurídico, por ser um misto dos dois discursos (médico-sanitário e ético-jurídico), do qual serve para determinar a “ideologia da diferenciação” necessária para a promoção de um tratamento diferenciado entre consumidor (doente) e traficante (delinquente)<sup>28</sup>.

Não por outro motivo, em fevereiro de 1966, os Estados Unidos aprovaram o *Narcotic Addict Rehabilitation Act*, no qual, por lei (discurso jurídico), admitiu-se ao consumidor escolher entre a reabilitação, o tratamento ou a prisão. Em outras palavras, o discurso jurídico reforça o discurso médico, que, por seu turno, estava ganhando espaço desde 1963, quando, por lei, o Instituto Nacional de Saúde Mental lhe destinou uma tarefa basilar na solução das dificuldades sociais do país. Dessa forma, difundiria-se o estereótipo da dependência para o consumidor<sup>29</sup>.

Apesar do processo de “demonização” da droga em face da ideologia da diferenciação, é possível perceber o uso político das drogas pelas agências políticas repressivas por meio dos novos “inimigos”, afinal, a partir do momento em que a droga e seus protagonistas mudaram, não seria estranho que se começasse a falar da droga em matéria de segurança<sup>30</sup>. A droga, então, começava a ser vista como um “inimigo interno”<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

<sup>28</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 34.

<sup>29</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 34-35.

<sup>30</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

<sup>31</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 36.

Curiosamente, e voltando um pouco no tempo, a questão da droga também chamou a atenção do Regime Nazista, instaurado na Alemanha no início da década de 1930. Em franca oposição à política recreacionista do final da República de Weimar, os líderes do Nacional Socialismo determinaram que somente uma forma de delírio seria legitimada como forma de tratamento da sociedade, cada vez mais inebriada com o consumo de drogas. Os nazistas se referiam ao delírio da suástica, alimentando o culto à ideologia nazi, com um discurso de salvação e de fanatismo.

Com isso, somente o líder nazista poderia canalizar as atenções e as expectativas da sociedade alemã. Toda e qualquer substância ou movimento que promovesse a dispersão da massa em torno da figura do líder ou dos propósitos nazistas merecia, por parte do Regime, um tratamento repressivo. É nesse sentido que muitos usuários ou dependentes químicos foram encaminhados para os campos de concentração que, posteriormente, serviriam para o massacre de judeus e minorias indesejáveis pelo Terceiro Reich<sup>32</sup>.

A política repressiva e antidrogas nazista foi mais longe. Não bastasse a proibição do casamento de pessoas com problemas relacionados à perturbação psicológica (um subterfúgio constante da Lei de Saúde Conjugal aprovada em 1935), o Regime aprovou ainda a Lei para Prevenção de Doenças Hereditárias, que estabelecia a sanção de esterilização forçada. Não tardou para que medidas ainda mais extremas, dentro desse discurso médico-jurídico-político de combate às drogas, fossem impostas aos usuários<sup>33</sup>.

Não é sem motivo que Zaffaroni acredita que a segunda metade do século XX se definiu pela afronta ao Direito Penal liberal e suas garantias,

---

<sup>32</sup> “A nova ênfase foi instituída já em novembro de 1933, quando o Reichstag, ocupado pelos nazistas, aprovou uma lei que possibilitava o internamento compulsório de viciados por até dois anos em sanatórios fechados, e a permanência podia ser prolongada, de forma ilimitada, por decisão judicial. Outras medidas previam que médicos consumidores de drogas deveriam ser proibidos de exercer a profissão por até cinco anos” OHLER, Norman. **High Hitler**: como o uso de drogas pelo Führer e pelos nazistas ditou o ritmo do Terceiro Reich. São Paulo: Planeta, 2017, p. 35).

<sup>33</sup> “A situação se tornaria ainda mais grave. Sob o disfarce da eutanásia, empregado de forma propagandística, ‘doentes mentais criminosos’ – dos quais também faziam parte pessoas que consumiam drogas – foram assassinados nos primeiros anos da Guerra. [...] Entre os médicos que faziam a seleção predominava uma ‘superioridade delirante’. A política antidrogas servia, desta forma, como meio de exclusão e repressão, bem como para a eliminação de grupos marginais e de minoria” (OHLER, Norman. **High Hitler**: como o uso de drogas pelo Führer e pelos nazistas ditou o ritmo do Terceiro Reich. São Paulo: Planeta, 2017, p. 37-38).

em prol de um direito penal de segurança nacional<sup>34</sup>. Segundo o autor, na medida em que faziam parte da legislação medidas contra a subversão, argumentava-se que as normas relacionadas à proibição do consumo de entorpecentes compunham um dos apensos da ideologia da guerra permanente<sup>35</sup>.

Com o início dos anos 1970 e o estouro da heroína, esta espécie de droga começou a ser sinônimo de perturbação social nos Estados Unidos, por conta dos danos entre os jovens de classe média e alta. A heroína se alastrou na América com a guerra do Vietnã, e os ex-soldados usavam não apenas maconha, mas também a heroína (droga que até aquele momento era limitada aos guetos e aos negros). Isso explica o presidente Nixon qualificá-la como o “primeiro inimigo público não econômico”. Dessa forma, continuava-se com o discurso médico e com o estereótipo da dependência, e, ao considerar a heroína como “inimigo público”, dava-se início ao discurso político para que a droga começasse a ser notada como perturbação da paz<sup>36</sup>.

Entretanto, o aumento da criminalidade para manter o vício deu lugar a um novo inimigo interno, mas que foi ligeiramente retido pelo estereótipo da dependência e com a criação dos programas de manutenção da metadona, que seria uma forma indireta de tentar “legalizar” ou controlar o vício da heroína, ou seja, tentava-se substituir uma droga por outra, mas com o proveito de controle sobre a vida do consumidor. E, de certa forma, o consumidor de heroína, especialmente, os ex-combatentes do Vietnã serviram para dar início ao discurso político da droga, já reforçado pelo discurso médico<sup>37</sup>.

O discurso dos primeiros anos da década de 1970 foi o estereótipo político-criminoso. O consumo de drogas aumentava e era necessário fazer algo para acalmar a opinião pública. Nessa época, o discurso não se

---

<sup>34</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Legislación ‘anti droga’ latinoamericana’: sus componentes de derecho penal autoritário. In: *Drogas: abordam interdisciplinar. Fascículo de Ciências Penais*, ano 3, v. 3. 1990, p. 16.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 39.

<sup>37</sup> *Op. Cit.*, p. 40.

vinculava a substâncias específicas, mas à classe social e à idade das pessoas. Falava-se do uso de drogas dos jovens em termos de dependência e sobre programas educativos. Nixon, em sua segunda Mensagem ao Congresso em 1971, frisou: “o problema das drogas atingiu dimensões de emergência nacional que aflige o corpo e a alma da América”. Nesse contexto, as primeiras medidas internas dos Estados Unidos estiveram ligadas com o discurso jurídico, ou seja, foram criadas inúmeras leis repressivas. Em 1972, Nixon cria o *Cabinet Committee for International Narcotic Control* (CCINC). Assim, ele começa a exportar a aplicação da lei de drogas e a legitimar o discurso jurídico-político e o estereótipo-criminoso da droga além das divisas dos Estados Unidos. Porém, esse discurso estava se comprometendo. Não tinha mais necessidade de não se falar mais sobre o problema do tráfico, afinal, a guerra do Vietnã já tinha acabado. Muito menos podia calar-se discurso médico, pois o consumo era um dos pilares principais para diferenciar os estereótipos do consumidor-doente e do traficante-delinquente. E a opinião pública continuava considerando a droga como inimigo interno e/ou externo, a depender das circunstâncias<sup>38</sup>.

Na década de 1980, os Estados Unidos passaram a contar com o maior número de consumidores de drogas de toda a sua história. Não obstante, o consumidor deixa o seu papel de doente e passa a ser considerado consumidor de substâncias ilícitas. Porém, o foco agora é a droga proveniente do exterior, principalmente os aspectos econômicos e políticos do tráfico de drogas<sup>39</sup>. Abandonava-se o discurso da seguridade nacional, e o tráfico de drogas, em especial da cocaína, foi considerado o inimigo público. Nesse período, a legislação latino-americana, em matéria de entorpecente desenvolvia uma clara inclinação autoritária<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 42-44.

<sup>39</sup> Op. Cit., p. 55.

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Legislacion 'anti droga' latinoamericana': sus componentes de derecho penal autoritário. In: Drogas: abordam interdisciplinar. **Fascículo de Ciências Penais**, ano 3, v. 3. 1990, p. 16-25.

Assim, estabelece-se o discurso jurídico transnacional e difundido por várias nações: o controle das drogas, sendo o objetivo essencial impossibilitar que cheguem as drogas no estrangeiro. Declara-se contra as drogas, tendo como principal propósito monitorar o tráfico e, simultaneamente, a subversão que pode se originar da crise econômica existente e do problema da dívida, motivo pelo qual toda a atenção incide sobre a América Latina. Surge, desse modo, o estereótipo político-criminoso latino-americano, mais especificamente colombiano, relacionando a Colômbia ao tráfico e à narcoguerrilha, o que a torna, nesse instante, o inimigo externo. Assim, as drogas se tornam um problema de segurança nacional, de tal forma que se avalia o problema em matéria de narcosubversão, predominando-se consequências sobre o poder econômico para os Estados Unidos e sobre a potência política para a América Latina<sup>41</sup>, como exemplo, pode-se citar a campanha contra as drogas na Venezuela em 1984<sup>42</sup>.

Aniyar de Castro expõe que entre 1970-1972 e em 1984 foram difundidas duas grandes campanhas contra as drogas na Venezuela por conta da influência dos Estados Unidos<sup>43</sup>. A campanha de 1970-1972 dirigiu-se ao confronto da maconha e sobreveio mais sobre o consumo do que em relação ao tráfico. Foi disseminado o estereótipo que associava o consumidor ao estudante delinquente ou subversivo.

A primeira consequência desse discurso transnacional foi a ratificação da Convenção Única de Estupefacientes de 1961 da ONU e do Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 pelos Estados Unidos. Isso porque não “se poderia implementar este novo discurso se não se acolhia, como o haviam feito há vários anos mais de 100 países, a normativa internacional”<sup>44</sup>.

Conforme expõe Karam, o discurso transnacional revelou-se, ainda, no uso da nomenclatura de força “*narcotics*” para indicar droga (quando na realidade, a cocaína, droga mais perseguida, não é um narcótico, mas

---

<sup>41</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 79.

<sup>42</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

<sup>43</sup> Op. Cit., p. 181-182.

<sup>44</sup> DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 59.

sim um estimulante), na concepção de planos de eliminação de plantações de coca e maconha na Colômbia e México e com o uso de agrotóxicos assustadoramente prejudiciais à saúde, proibidos nos Estados Unidos<sup>45</sup>.

Nos anos 1990, a política criminal segue subjugada às políticas internacionais, exigindo-se uma guerra que “não é apenas contra as drogas, dirigindo-se, como quaisquer guerras, contra pessoas, aqui contra as pessoas dos produtores, distribuidores e consumidores de substâncias e matérias-primas proibidas”<sup>46</sup>.

## 2. Indignos de vida? Reforçando a importância dos direitos humanos

Diante da sistemática violação dos direitos humanos das pessoas integrantes dos grupos vulneráveis (especialmente pessoas negras e moradoras da periferia), faz-se importante discorrer sobre o significado da expressão *direitos humanos*, inclusive para que a questão não seja vista tão somente pelas lentes tradicionais do mundo jurídico. A título de abordagem inicial, pretende-se aclarar a definição das terminologias *direitos do homem*, *direitos fundamentais* e *direitos humanos*.

Mazzuoli defende que a expressão *direitos do homem* possui natureza jusnaturalista, referindo-se aos direitos básicos da pessoa humana, mas que ainda não foram positivados em tratados internacionais ou em diplomas constitucionais. Mazzuoli aponta para a insuficiência do termo *direitos do homem*, por restringir-se apenas ao gênero masculino<sup>47</sup>.

Por sua vez, a distinção entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais* recai tão somente quanto à natureza do documento em que se dá a positivação. Explica-se. Em se tratando de positivação em constituição de direito essencial à existência humana, fala-se em direitos fundamentais. Quando essa positivação ocorre no bojo de Tratados ou Convenções Internacionais, classifica-se tal direito como humano. Veja-se que não há uma

---

<sup>45</sup> KARAM, Maria Lucia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 42.

<sup>46</sup> Op. Cit., p. 41.

<sup>47</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2018. Versão eletrônica.

distinção de caráter ontológico entre essas expressões, entretanto, há que se concordar que, no referente ao campo de proteção, a expressão *direitos humanos* se mostra mais abrangente.

Ressalta-se que a própria Constituição da República optou pelo uso, bem definido, de ambas as terminologias (direitos humanos e fundamentais), seguindo o critério distintivo acima<sup>48</sup>.

A despeito dessa demarcação conceitual, vários diplomas internacionais e constituições das mais diversas nações reportam-se a direitos humanos e fundamentais como expressões sinônimas ou de forma indiscriminada. Entende-se que esse proceder em nada desprestigia o critério definidor apresentado.

Tomando por base o disposto na Declaração Universal de 1948, três princípios estruturam a doutrina dos Direitos Humanos: o da inviolabilidade, o da autonomia (liberdade) e o da dignidade da pessoa humana (que receberá mais atenção nesta investigação). Essa estrutura principiológica também se encontra contemplada na Constituição da República, diploma este que marcou a constitucionalização (bem-vinda, porém tardia) brasileira.

Quanto ao fenômeno da constitucionalização, alinha-se à doutrina de Sarlet, no sentido de que a história dos direitos fundamentais se confunde, nalguma medida, com o advento do moderno Estado constitucional, “cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Segundo Mazzuoli, “É importante observar que a Constituição Federal de 1988 se utilizou das expressões direitos fundamentais e direitos humanos com total precisão técnica. De fato, quando o texto constitucional brasileiro quer fazer referência, mais particularmente, aos direitos nele previstos, adota a expressão “direitos fundamentais”, como faz no art. 5.º, § 1.º, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Por sua vez, quando o mesmo texto constitucional se refere às normas internacionais de proteção da pessoa humana, faz alusão à expressão “direitos humanos”, tal como no § 3.º do mesmo art. 5.º, segundo o qual “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”. Quando a Constituição pretende se referir, indistintamente, aos direitos previstos pela ordem jurídica interna e pela ordem jurídica internacional, não faz menção direta a nenhuma das expressões. Foi o que fez no § 2.º do art. 5.º, assim redigido: ‘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’” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2018. Versão eletrônica.

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 38.



Nesse diapasão, quando se observa todo o movimento constitucionalista deflagrado em vários países logo após as atrocidades da II Grande Guerra, como também os esforços internacionais pela internacionalização dos direitos humanos, compreende-se que, tal qual o constitucionalismo, a doutrina dos direitos humanos também se sustenta na limitação dos poderes dos Estados.

A sua vez, o Brasil só aderiu ao constitucionalismo no final da década de 1980, após enfrentar dois regimes ditatoriais autoritários (Estado Novo e a Ditadura Civil-Militar) longos e pouco abertos à observância dos direitos de minorias, pessoas investigadas e/ou condenadas pela prática de determinada infração penal. Esse histórico nefasto só realça a importância do Texto Constitucional aprovado em 1988.

Conforme leciona Piovesan, a Constituição de 1988, distinguindo-se bastante das Cartas anteriores, inovou ao consagrar o que a autora denomina de “orientação internacionalista”, calcada na predominância dos direitos humanos, na autodeterminação dos povos, bem como no compromisso de cooperação dentre as pessoas para o avanço da humanidade<sup>50</sup>.

Mais do que isso, a Constituição de 1988, comprometida com a valorização da pessoa humana, permitiu que os direitos humanos, consagrados em Tratados e Convenções Internacionais, também se incorporassem ao ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, criou-se um sistema de proteção dos direitos da pessoa humana tanto em sede interna, como no âmbito internacional. Esse sistema, assim, possui natureza de complementariedade e de adição (os sistemas interno e internacionais se somam para melhor protegerem os direitos humanos). É correto falar-se em sistema global de proteção aos direitos humanos<sup>51</sup>.

Consoante a doutrina de Choukr, nos termos dessa internacionalização dos direitos humanos, a própria noção de soberania deve afastar-se da concepção clássica, somando-se a isso o entendimento de que a figura do

---

<sup>50</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2015, p. 110.

<sup>51</sup> FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das Normas no Direito Internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2013, p. 154.

ser humano abrange tanto a do sujeito de direitos internos, como a do detentor de direitos e garantias no campo internacional<sup>52</sup>.

Esse conjunto de proteções normativas estabelece que as normas de direito internacional, relativas aos direitos humanos, são complementares às normas de direito interno, criando todo um arcabouço protetivo e humanístico. Não há, portanto, e nesse contexto, uma prevalência das normas internas sobre as externas, devendo prevalecer o ato normativo que melhor tratar a pessoa humana. Trata-se do princípio do *pro homine*, positivado no artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Esse arcabouço normativo humanístico (e constitucionalista) está ancorado na proteção da dignidade da pessoa humana. Outrossim, reconhece-se a amplitude semântica e a dificuldade conceitual da dignidade da pessoa humana. Existem, em consequência, várias acepções voltadas à sua definição, que vão desde uma matriz religiosa à dimensão jurídica-constitucional.

Para os fins desta pesquisa, considera-se que a dignidade da pessoa humana é o atributo inerente a toda e qualquer pessoa que impeça a sua coisificação, a sua reificação, seja por Estados (ou instituições) ou por outras pessoas (ou coletividade de pessoas). Segue-se essa fórmula kantiana que, conforme Abbagnano (2015, p. 326), institui “que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade”<sup>53</sup>.

Kant assevera que a pessoa humana não deve ser tratada como meio, mas como fim. O filósofo alemão ensina que nenhuma pessoa pode prestar-se “simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”<sup>54</sup>. “Por isso, na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Kant lança a base para seu princípio da dignidade humana”<sup>55</sup>, sendo que

---

<sup>52</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos – bases para a sua compreensão*. Bauru: Edipro, 2001, p. 12.

<sup>53</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 326.

<sup>54</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Vol. II. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134-135.

<sup>55</sup> LEMOS, Fabrício José Rodrigues de; BARRETTO, Vicente de. Uma abordagem compreensiva da dignidade humana. *Quaestio Juris*, vol.08, n.º. 03, Rio de Janeiro, 2015. pp. 1815-1826, p.1817.

será justamente esse princípio o responsável por estabelecer a noção de imperativo categórico, mediante o qual, a autonomia é a base da dignidade.

E é através de uma exploração externa da dignidade humana, com fundamento na antropologia filosófica, que Barretto demonstra a limitação da usual compreensão jurídica dos direitos humanos, muito presa à positivação dos direitos e dos princípios, e que a pessoa humana possui “[...] uma significação universal e uma tendência de realização numa comunidade cosmopolita”<sup>56</sup>.

Barretto aduz, portanto, que “[...] a dignidade humana designaria não o ser homem, o indivíduo, mas a humanidade que se encontra em todos os seres humanos”<sup>57</sup>. Nesse sentido, segue o autor, para que se elabore uma definição de dignidade, há que se promover a “[...] confrontação do sujeito com a externalidade, levando o estudo da Antropologia a uma compreensão da singularidade humana e do conceito interacional homem-humanidade onde a moralidade efetivamente pode ser aplicada”<sup>58</sup>.

## Considerações finais

Esta investigação se encerra com a consciência de que dois pontos podem ser assinalados: a) a política de guerra às drogas, firmada no proibicionismo, traz mais prejuízos humanos e materiais do que os eventuais benefícios alegados pelos seus defensores; b) a definição de dignidade humana, e, portanto, a abrangência dos direitos humanos, segue sendo um grande desafio.

---

<sup>56</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Uma breve reflexão sobre o fundamento dos direitos humanos na moral e na antropologia. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 324.

<sup>57</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 67.

<sup>58</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Uma breve reflexão sobre o fundamento dos direitos humanos na moral e na antropologia. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 337.

É importante reforçar a impossibilidade de utilização do aparato militar para fins de proteção à saúde pública. Mais. Ao Estado não é permitido optar pela morte ou vida, com base em ideologias discriminatórias e nulificantes da própria condição de ser humano. Assim, “adotar uma postura de respeito para com o outro é ver a sua própria dignidade respeitada, e também respeitar a dignidade do outro”<sup>59</sup>.

## Referências

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Uma breve reflexão sobre o fundamento dos direitos humanos na moral e na antropologia. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BLENGIO, Martha E. Roque de; EROSA, Fernando. Psicologia del consumidor de drogas. In: Drogas: abordagem interdisciplinar. **Fascículo de Ciências Penais**, ano 3, v. 3, 1990.
- BOBBIO, N. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13<sup>a</sup> Ed, 2010.
- CAMARGO, Geovane Matheus; BORDIN, Marcelo; MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. Da guerra às drogas à hipermilitarização do cotidiano. **Geographia Opportuno Tempore**, Londrina, v. 4, n. 1, p. 149 - 164, 2018.

---

<sup>59</sup> LEMOS, Fabrício José Rodrigues de; BARRETTO, Vicente de. Uma abordagem compreensiva da dignidade humana. **Quaestio Juris**, vol.08, n.º. 03, Rio de Janeiro, 2015. pp. 1815-1826, p.1825.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A Convenção Americana dos Direitos Humanos – bases para a sua compreensão**. Bauru: Edipro, 2001.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das Normas no Direito Internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2013.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Org.). **Atlas da Violência 2019**. Brasília: 2019. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 23 ago. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Vol. II. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KARAM, Maria Lucia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

LEMOS, Fabrício José Rodrigues de; BARRETTO, Vicente de. Uma abordagem compreensiva da dignidade humana. **Quaestio Juris**, vol.08, nº. 03, Rio de Janeiro, 2015. pp. 1815-1826.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2018. Versão eletrônica.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Arte & Ensaios**. Revista do PPGAV/EBA/UFRJ. Rio de Janeiro: n. 32, p. 122-151, dezembro 2016.

OHLER, Norman. **High Hitler: como o uso de drogas pelo Führer e pelos nazistas ditou o ritmo do Terceiro Reich**. São Paulo: Planeta, 2017.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

VELASCO, Clara; GRANDIN, Felipe; REIS, Thiago. Mortes por policiais no Brasil sobem 4% no 1º semestre; RJ e PA têm alta, mas 15 estados registram queda. Publicado no **Monitor da Violência** em 10 out. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/10/14/maioria-dos-estados-registra-queda-no-no-de-pessoas-mortas-pela-policia-brasil-porem-tem-alta-no-dado-no-10-semester.ghtml>. Último acesso em 15 out. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Legislacion 'anti droga' latinoamericana': sus componentes de derecho penal autoritário. In: Drogas: abordam interdisciplinar. **Fascículo de Ciências Penais**, ano 3, v. 3. 1990.

# Fundamentos do tratamento dispensado ao imigrante no Brasil à luz da teoria kantiana: uma análise crítica de decisões judiciais e políticas públicas brasileiras no tema migratório<sup>1</sup>

*Vitória Volcato da Costa*<sup>2</sup>

## Introdução

O tema migratório vem ganhando cada vez mais notoriedade, em razão do aumento exponencial dos fluxos desde meados de 2011, chegando globalmente a um total de 70,8 milhões de migrantes forçados em 2018<sup>3</sup>. Em razão disso, nos últimos anos tem se falado muito em “crise migratória”, e em tal cenário diversos países do mundo têm caminhado na contramão das demandas do cenário global, criando barreiras à entrada e proteção de pessoas migrantes, violando, assim, tratados internacionais de direitos humanos. Diante disso, muitos aspectos a respeito da fundamentação dos direitos humanos merecem reflexão, em especial na maneira com que se enxerga e se trata o *outro*, o migrante. Nessa linha, a teoria

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – Bolsista CAPES/PROEX; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Advogada voluntária do Serviço de Assessoria em Direitos Humanos para Imigrantes e Refugiados (SADHIR/PUCRS); Advogada no escritório Fortini & Volcato Advogados.

<sup>3</sup> UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). **Global Trends. Forced displacement in 2018**. Geneva: UNHCR, 2019. Disponível em: [https://www.unhcr.org/5do8d7ee7.pdf#\\_ga=2.83994777.1225343878.1560779393-685702386.1530279534](https://www.unhcr.org/5do8d7ee7.pdf#_ga=2.83994777.1225343878.1560779393-685702386.1530279534). Acesso em: 18 jul. 2019.

kantiana merece atenção, uma vez que influenciou a fundamentação dos direitos humanos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como de todos os posteriores tratados no tema que foram sendo firmados pela comunidade internacional.

No que tange ao Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) adota a dignidade humana como fundamento da República, assim como a prevalência dos direitos humanos como princípio<sup>4</sup>. Ainda, o Estado brasileiro é signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos, os quais adotam uma posição universalista, que contém muitas influências do pensamento de Kant.

Diante do cenário apresentado, o presente estudo tem o seguinte problema de pesquisa: o tratamento dispensado aos imigrantes no Brasil, através dos Poderes Executivo e Judiciário em suas políticas públicas e decisões judiciais, tem como base os fundamentos dos direitos humanos universais presentes na teoria kantiana?

A hipótese que se apresenta ao referido problema de pesquisa é a de que muitas vezes os Poderes do Estado brasileiro acabam por distanciar-se dos fundamentos dos direitos humanos contidos na CF/88 e legislação infraconstitucional, assim como nos tratados internacionais firmados pelo país, invocando motivações terceiras, em especial políticas, para conferir ou deixar de conferir direitos à população migrante, o que, por conseguinte, viola os princípios delineados por Kant para a doutrina do direito, em especial, os fundamentos de sua filosofia moral que dão base aos direitos humanos universais.

O artigo será dividido em duas partes, sendo a primeira referente à descrição dos aspectos mais importantes da teoria kantiana para o tema que se pretende analisar, e a segunda referente à efetiva análise de decisão judicial proveniente do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário n.º 587.970, e a análise da primeira política pública migratória brasileira, a Operação Acolhida, com destaque para o Programa

---

<sup>4</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 jul. 2019.



Nacional de Interiorização (PNI), tudo com vistas a identificar como é o tratamento dispensado ao imigrante no Brasil e verificar sua compatibilidade ou não com o pensamento de Kant.

Para os fins do presente artigo, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento comparativo. As técnicas de pesquisa serão revisão bibliográfica, análise documental – a qual engloba legislação interna e tratados internacionais – e o estudo de casos.

## **1. Aspectos filosóficos da teoria kantiana para o estabelecimento de princípios universais**

Entre as diversas contribuições da teoria kantiana para o direito, a complementariedade entre moral e direito é de suma importância. Durante grande parte do século XX a teoria do direito encontrou-se tomada por um rígido formalismo, vindo do positivismo. Mas com a sociedade contemporânea surgem complexos conflitos culturais, sociais e políticos, razão pela qual demanda-se um novo paradigma teórico no direito, que consiga lidar com as relações entre moral, direito e justiça<sup>5</sup>.

Assim, Kant desenvolve uma filosofia moral, chamada de metafísica dos costumes, a qual estabelece os princípios metafísicos do direito, daí surgindo a relação de complementariedade entre moral e direito. Kant dizia que esta é uma filosofia pura, pois não é baseada na experiência, mas, sim, nos chamados princípios *a priori*. Além de pura, se ocupa da moral, ou seja, esta filosofia trata do campo racional da ética<sup>6</sup>. Nesse sentido, Kant acreditava que é possível estabelecer um critério universal que permita a diferenciação entre o justo e o injusto, mas para que isso aconteça, o jurista deve abandonar os princípios empíricos do direito positivo<sup>7</sup>. Diante disso,

---

<sup>5</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 41.

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 13-20.

<sup>7</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 46-47.

ao buscar estabelecer uma fundamentação para o que ele sustenta, Kant apresenta o princípio supremo da moralidade, chamado imperativo categórico<sup>8</sup>.

Mas antes de chegar no imperativo categórico e suas máximas para determinar como agir conforme as leis morais, Kant explica a diferença entre a ideia do bom e da boa vontade. Uma ação boa, ou seja, que causa um impacto positivo no mundo exterior, não necessariamente foi praticada com boa vontade. Isso significa que uma pessoa praticou determinada ação de caridade, por exemplo, não porque é importante ajudar aos mais necessitados, mas, sim, para sentir-se uma pessoa melhor ou mostrar para os demais que é uma pessoa boa. Nesse caso, a ação foi praticada com determinadas inclinações, as quais conferiram uma certa utilidade da ação para quem a praticou, ou seja, foi uma ação sem boa vontade. Já aquela que é praticada com boa vontade, é uma ação sem inclinação nenhuma, sem utilidade para quem a praticou, é uma ação boa em si mesma<sup>9</sup> - novamente, se vê aqui, a crítica kantiana ao utilitarismo.

Por sua vez, a fim de que uma ação seja boa em si mesma, esta deve ser derivada da razão. Porém, a razão precisa ser apta o suficiente para guiar a vontade, pois a razão é uma faculdade prática que o ser humano pode utilizar de diferentes formas. Assim, para a razão guiar a vontade para praticar uma ação boa em si mesma, Kant estabelece a ideia de dever, que aqui é o dever moral<sup>10</sup>. Nesse sentido, o conceito de dever para Kant é o seguinte: “Dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei”<sup>11</sup>.

A partir disso, se torna necessário distinguir aquelas ações praticadas contra o dever, conforme o dever e por dever. Ações contra o dever moral são aquelas que nem chegam a ser ações boas, são ruins por natureza. Já

---

<sup>8</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 13-20.

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 21-23.

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 23-26.

<sup>11</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 30.

as ações conforme o dever, são as anteriormente mencionadas ações boas, mas praticadas com alguma inclinação, e não por simplesmente cumprir o dever moral. Por fim, aquelas ações praticadas por dever, são as que estão de acordo com o dever moral, pois são as ações boas em si mesmas. Como exemplo, Kant traz o dever de amar ao próximo, até mesmo seu maior inimigo, uma vez que pelas inclinações será impossível amar a alguém que lhe desperta sentimentos ruins, porém, pelo dever moral é possível tratar ao próximo com dignidade<sup>12</sup>.

Kant diz, então, que é preciso estabelecer uma lei universal, a qual determinará o princípio da vontade<sup>13</sup>. A partir disso, Kant diferencia que existe a razão vulgar e a razão prática. Conforme dito antes, é a razão que vai guiar a vontade, assim, no caso da razão vulgar, ela determinará as ações de acordo com aquilo que irá ajudar o ser humano a alcançar seu fim, que é a felicidade. Nisso, a razão vulgar guia a agir conforme as necessidades e inclinações, se opondo às leis severas do dever. Mas quando a razão começa a sopesar os mandamentos do dever com as necessidades e inclinações, se inicia um movimento dialético, no qual a razão humana vulgar caminha para o campo da filosofia prática, para a razão prática<sup>14</sup>. Nesse sentido, Kant explica que a razão não pode se basear nas leis da experiência para determinar as ações, mas, sim, em motivos *a priori*, que derivam da razão pura e ao mesmo tempo prática. Assim, o princípio supremo da moralidade deve necessariamente fundar-se somente na razão pura.

Manifestando-se sempre pela palavra “dever” e determinando a ação que é necessária, os imperativos são “apenas fórmulas para exprimir a relação entre leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva deste

---

<sup>12</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 26-27 e 30.

<sup>13</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 31-33.

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 36-38.

ou daquele ser racional, da vontade humana”<sup>15</sup>. O imperativo sustentado por Kant é o categórico, que representa uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. Assim, o imperativo categórico é o imperativo da moralidade, é o princípio prático, pois dele derivam os princípios da ação<sup>16</sup>.

Mas qual o conteúdo, então, do imperativo categórico? A partir do que já foi visto é possível compreender a conclusão que Kant chegou a respeito do conteúdo do imperativo categórico: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne universal”<sup>17</sup>. Uma vez que essa lei traz consigo uma universalidade, ela também constitui aquilo que se chama natureza: “Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”<sup>18</sup>.

A fim de saber se tal lei existe na prática, ela já tem que estar ligada a um conceito de vontade de um ser racional em geral. Nesse sentido, Kant destaca a ideia de liberdade, sem a qual não pode haver um imperativo categórico. Isso porque somente a liberdade da vontade pode conferir autonomia ao ser humano para que ele aja de acordo com as leis morais. Caso alguém seja impelido a seguir uma determinada lei em razão de um interesse, não teria como existir o imperativo categórico, pois não haveria liberdade nessa ação, que estaria influenciada por uma inclinação do mundo sensível<sup>19</sup>. Então trata-se da liberdade em relação às inclinações terças dos indivíduos.

Assim, primeiramente o dever moral tem que ser “um querer que valeria para todo o ser racional, sob a condição de a razão nele ser prática sem obstáculos; para seres que, como nós, são afetados por sensibilidade

---

<sup>15</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 49.

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 50-52.

<sup>17</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 59.

<sup>18</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 59.

<sup>19</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 93-99.

como móveis de outra espécie”<sup>20</sup>. Ainda, o fato de que a natureza dos seres humanos os distingue como fins em si mesmos, traz a formulação do imperativo prático: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio [...]”<sup>21</sup>.

A partir dos fundamentos apresentados, passa-se para a metafísica dos costumes propriamente dita. Em síntese, levantando os pontos que interessam ao presente artigo, na metafísica dos costumes Kant estabelece o que é o direito, a partir de todos os conceitos utilizados até então na fundamentação da metafísica dos costumes, a fim de dizer qual será o critério universal para determinar o justo e o injusto, através de princípios. Assim, Kant compreende o direito como “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”<sup>22</sup>. Por sua vez, é possível determinar a justiça de uma ação, a partir do critério universal estabelecido na seguinte máxima: “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”<sup>23</sup>.

Ainda, na metafísica dos costumes Kant realiza uma divisão entre os diferentes tipos de deveres e direitos. Primeiramente, os deveres se dividem em internos, sendo estes os deveres para consigo mesmo, respeitando sua própria humanidade no sentido de não deixar que os outros lhe tratem como meio para seus interesses, e os externos, sendo os deveres para com os outros, respeitando a humanidade que há neles, os tratando como fins em si mesmos. Já os direitos dividem-se em direito natural, o qual se apoia

---

<sup>20</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 97.

<sup>21</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 69.

<sup>22</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 76.

<sup>23</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 76-77.

em princípios *a priori* e trata de direitos inatos, cujo sujeito possui titularidade simplesmente por ser humano, e o direito positivo, que é aquele produzido pelo Estado, chamado também de direito adquirido, em contraposição ao inato<sup>24</sup>.

Kant diz que somente há um direito inato, que é a liberdade, a qual confere o *status* de pessoa, determinada pela autonomia da vontade. A fim de que se tenha dignidade, não se pode ser constrangido pela escolha alheia, necessita-se da liberdade de escolha. Ainda, o direito inato à liberdade, apesar de ser único, implica consequências, fazendo surgir a igualdade inata<sup>25</sup>, que significa “independência de ser obrigado por outros a mais do que se pode, por sua vez, obrigá-los”<sup>26</sup>. Assim, se todos *nós* somos livres, todos somos iguais, logo, também temos o direito inato à igualdade.

Aqui depara-se com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, pois a teoria kantiana traz o direito à liberdade no art. I da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”<sup>27</sup>. Ainda, o direito à igualdade está também no art. VII de mesma Declaração: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”<sup>28</sup>. Logo, a liberdade funciona como um princípio universal, do qual outros direitos inatos derivam.

Assim, o direito na concepção kantiana está sujeito às exigências das obrigações morais. Então, na filosofia do direito kantiana é demonstrada a necessária complementariedade entre o sistema da moralidade e o sistema jurídico, que se materializa na legislação produzida pelo poder público. Por exemplo, o direito à inviolabilidade da pessoa é um direito

<sup>24</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 82-84.

<sup>25</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 83-84.

<sup>26</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 84.

<sup>27</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Paris: ONU, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

<sup>28</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Paris: ONU, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

subjetivo que pertence ao ser humano, antes mesmo de ser assegurado pelo direito estatal. Logo, o sujeito encontra-se ligado a dois tipos de relação, a legalidade e a moralidade, sendo que ambos representam uma obrigação, que é a de cumprir a lei moral<sup>29</sup>.

Assim, a metafísica dos costumes estabelece os princípios metafísicos da doutrina do direito, dividindo-se em diferentes elementos da legislação. Nesse sentido, há a lei jurídica que vai ser a instrumentalidade, que faz o ser humano agir de acordo com o dever, mas há a lei ética que é a que fundamenta a lei jurídica, e diz que devemos agir por dever<sup>30</sup>. A legalidade se traduz na ação que está de acordo com a lei independente da intenção do agente, ao passo que a moralidade é agir conforme a lei com a intenção de cumprir o moralmente correto que está por trás daquela lei.

## **2. O tratamento do imigrante no Brasil e o pensamento filosófico de Kant**

A fim de identificar qual é o tratamento dispensado ao imigrante no Brasil pelos Poderes Judiciário e Executivo, faz-se necessária neste capítulo a análise de decisões judiciais e políticas públicas no tema migratório. Ao mesmo tempo, será realizada a análise da inserção ou não da teoria kantiana nas referidas decisão e política pública, a partir dos pontos destacados do pensamento de Kant no capítulo anterior.

### **2.1 O Recurso Extraordinário n.º 587.970**

O primeiro caso selecionado para ser analisado foi a decisão proferida pelo Plenário do STF em 2017 no Recurso Extraordinário n.º 587.970. O caso surgiu a partir da negativa do Instituto Nacional de Previdência Social (INSS) de um pedido do benefício de prestação continuada, previsto no art. 203, inciso V, CF/88, realizado por uma estrangeira, a qual já residia

---

<sup>29</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 56-57.

<sup>30</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 71-73.

no Brasil há mais de cinquenta anos<sup>31</sup>. O fundamento do INSS para tal indeferimento ocorreu com base no art. 1º da Lei n.º 8.742/1993 – Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) e no art. 7º do Decreto n.º 6.214/2007, lei e decreto que regulamentam o art. 203, inciso V, da CF/88, e dizem em tais dispositivos, respectivamente, que o benefício em questão é direito do cidadão e que é devido ao brasileiro nato ou naturalizado<sup>32-33</sup>.

Diante disso, a estrangeira ingressou com ação judicial contra o INSS, buscando o direito de receber o benefício, ganhando em primeira instância. Inconformada com a decisão, a Autarquia interpôs o Recurso Extraordinário n.º 587.970. O recurso foi negado por unanimidade, sendo reconhecido pelo STF o direito dos estrangeiros com residência legal no Brasil de receberem o benefício de prestação continuada<sup>34</sup>. Os votos dos ministros trouxeram extensa fundamentação e diversidade de argumentos, e em razão dos limites do presente artigo, apenas parte dos fundamentos por eles utilizados para a concessão do benefício foram selecionados para a análise que se faz a seguir, à luz da teoria kantiana.

O primeiro argumento levantado, pelo ministro relator Marco Aurélio, foi demonstrar que a previsão constitucional do art. 203, inciso V, CF/88<sup>35</sup> é clara ao dizer que o benefício de prestação continuada é direcionado a todos aqueles que dele necessitarem, sem ressalvas ou exceções

---

<sup>31</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 587.970 - SP**. Brasília - DF: STF, 20 abr. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>. Acesso em: 20 jul. 2019. p. 3.

<sup>32</sup> BRASIL. **Lei n.º 8.742 - Lei Orgânica da Assistência Social**. Brasília - DF, 7 dez. 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm). Acesso em: 20 jul. 2019.

<sup>33</sup> BRASIL. **Decreto n.º 6.214 - Regulamento do Benefício de Prestação Continuada**. Brasília - DF, 26 set. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm#art4](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm#art4). Acesso em: 20 jul. 2019.

<sup>34</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 587.970 - SP**. Brasília - DF: STF, 20 abr. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>. Acesso em: 20 jul. 2019. p. 57.

<sup>35</sup> “Art. 203. A assistência social será prestada a **quem dela necessitar**, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à **pessoa portadora de deficiência e ao idoso** que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. (grifo nosso). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 jul. 2019.



em relação a estrangeiros<sup>36</sup>. Ainda, o relator fundamenta seu voto afirmando que o artigo citado está de acordo com os preceitos fundamentais da CF/88, citando o princípio da dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a erradicação da pobreza e a assistência aos desamparados, desdobrando o significado de cada um deles e sua relação com o caso concreto<sup>37</sup>.

No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, este recebeu especial atenção do Ministro Marco Aurélio, que disse que nele há três elementos: (i.) Valor intrínseco: determina que o ser humano seja considerado, em termos kantianos, um fim em si mesmo, o que exige a valorização da pessoa independentemente de suas escolhas, origem, etc. Logo, impedir o benefício aos estrangeiros idosos e portadores de deficiência hipossuficientes, deixa desamparada a pessoa humana dos meios materiais necessários para prover seu sustento, o que vai contra a referida valorização do indivíduo; (ii.) Autonomia: a ausência de condições materiais mínimas impede o indivíduo de fazer suas próprias escolhas baseadas na razão, pois nesta situação não há autonomia; (iii.) Solidariedade social: todos têm um propósito comum, sendo os estrangeiros com residência legal também contribuintes para a construção desse propósito, uma vez que estão inseridos na comunidade brasileira e participam no esforço mútuo com os nacionais de contribuir para o país<sup>38</sup>.

A partir da fundamentação do Ministério Marco Aurélio no referido ponto, verifica-se a clara influência da concepção de dignidade humana trazida por Kant, conforme se verifica da seguinte máxima de sua teoria: “age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e jamais

---

<sup>36</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 587.970 - SP**. Brasília - DF: STF, 20 abr. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>. Acesso em: 20 jul. 2019. p. 9.

<sup>37</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 587.970 - SP**. Brasília - DF: STF, 20 abr. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>. Acesso em: 20 jul. 2019. p. 9 e 13.

<sup>38</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 587.970 - SP**. Brasília - DF: STF, 20 abr. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>. Acesso em: 20 jul. 2019. p. 10-11.

como meio”<sup>39</sup>. Nessa mesma linha está a ideia de solidariedade social em Kant, que é relativa aos deveres externos para com os outros, pois a máxima citada traz o dever de demonstrar compaixão com o outro, já que se cada um não se esforçar para contribuir na medida das suas forças para os fins dos seus semelhantes, de outros seres humanos, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como fim em si mesma<sup>40</sup>. Por fim, a autonomia também é conceito essencial em Kant para que a pessoa tenha dignidade, conforme visto no capítulo anterior, pois é desta que deriva o direito inato à liberdade para exercício da razão pura, a qual permite que uma pessoa participe do processo de escolha das leis universais e as pratique.

Porém, com relação à tese da reserva do possível surgem algumas questões. O relator afirma que não foi comprovada, no presente caso, a falta de recursos do Estado para custear o benefício aos estrangeiros residentes no Brasil, tampouco o impacto que isso teria nos cofres públicos, a fim de refutar a tese da reserva do possível<sup>41</sup>. O problema surge quando, adicionalmente a tal argumento, o ministro Alexandre de Moraes fundamenta seu voto dizendo que além de ser um número baixo de estrangeiros que pede o benefício, há um rigoroso filtro na concessão de residência legal para estrangeiros no Brasil. Nessa mesma linha argumenta o ministro Luiz Fux, que em seu voto diz que o rigoroso escrutínio das autoridades competentes visa admitir em território nacional somente aqueles migrantes que tenham condições de prover sua subsistência e moradia no Brasil, não estando em risco social elevado<sup>42</sup>.

A série de fundamentos trazidos pelos ministros a fim de refutar a tese da reserva do possível foram bastante problemáticos, pois o filtro rigoroso

---

<sup>39</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 53.

<sup>40</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 71.

<sup>41</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 jul. 2019. p. 14.

<sup>42</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 jul. 2019. p. 21 e 38.

para entrada de imigrantes vai contra a ideia de direitos humanos universais assumida pelo Brasil, derivada em especial do pensamento de Kant. Nesse sentido, exigir que o migrante comprove ter condições de prover sua subsistência para ingressar em território brasileiro vai contra a Convenção para o Estatuto dos Refugiados de 1951 – Convenção de Genebra – e demais tratados referentes ao instituto do refúgio, ratificados pelo Brasil. Tal conjunto de tratados prevê uma série de compromissos que devem ser assumidos pelos Estados e não fazem parte do poder discricionário destes, com vistas à proteção dos refugiados<sup>43</sup> e dos solicitantes de refúgio<sup>44-45</sup>. Ainda, a própria Declaração Universal de Direitos Humanos, desde 1948, prevê o direito de asilo, entre outros referentes ao direito de migrar, conforme seus artigos XIII e XIV<sup>46</sup>.

Apesar de à época da decisão em comento ainda estar vigente no Brasil o Estatuto do Estrangeiro, legislação não compatível com a perspectiva de migrar como um direito humano, como é atualmente na Lei de Migração, vigente desde novembro de 2017, tais tratados relativos ao instituto do refúgio já faziam parte do ordenamento jurídico brasileiro, em especial pela Lei do Refúgio, assim como outros tratados de direitos humanos no geral. Ou seja, os ministros foram contra o princípio universal da dignidade da pessoa humana, do tratamento do outro como fim em si mesmo.

Ainda em relação ao argumento utilizado pelos ministros para fins de refutar a tese da reserva do possível, deve ser citada aqui a diferença entre ações conforme o dever e contra o dever, mencionada no capítulo anterior deste artigo. Conceder o benefício de prestação continuada a estrangeiros

---

<sup>43</sup> Pessoas que fugiram de seu país em razão de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social, ou em virtude de grave e generalizada violação de direitos humanos.

<sup>44</sup> Aqueles cujo *status* de refugiado ainda não foi reconhecido, estando em análise seu pedido.

<sup>45</sup> VIZCARRA, Ana Elizabeth Villalta. Migración, asilo y refúgio. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Belo Horizonte, ano CII, v. 103, n. 125-130, p. 722-727, jul./dez. 2017. Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/1U8Jym4r61ghZeljj\\_HgNoJM-okPjltMd/view](https://drive.google.com/file/d/1U8Jym4r61ghZeljj_HgNoJM-okPjltMd/view). Acesso em: 25 jul. 2019.

<sup>46</sup> “Artigo XIII. 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar. Artigo XIV. 1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Paris: ONU, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

idosos ou deficientes, que sejam hipossuficientes, porque a probabilidade de um estrangeiro no Brasil se encontrar nesta situação é muito baixa, já que deve haver controle rigoroso para que pessoas em condição de vulnerabilidade não ingressem no país, é uma decisão conforme o dever, pois conforme à lei jurídica, de direito positivo, que diz que será concedido o benefício a quem dele necessitar, sem restrições a nacional brasileiro. Porém, não foi uma decisão por dever e de acordo com a lei ética que fundamenta a lei jurídica mencionada, uma vez que não se baseou na necessidade de puramente conceder o direito ao estrangeiro em razão do respeito à sua dignidade humana. Logo, não está de acordo com a teoria kantiana.

## 2.2 A Operação Acolhida e o Programa Nacional de Interiorização

O Brasil historicamente tem uma ausência de política pública migratória, mesmo após o aumento exponencial dos fluxos da última década. Entre 2010 e 2015 a população migrante no Brasil aumentou em 20%<sup>47</sup>, bem como há em trâmite no país, de acordo com dados de abril de 2019, 171.880 solicitações de refúgio<sup>48</sup>. Em relação aos fluxos migratórios que surgiram na década atual e cujos imigrantes encontram-se em sua maioria em situação de vulnerabilidade social, os haitianos ficam em primeiro lugar, cujo fluxo se iniciou em 2010, e os venezuelanos em segundo, cujo fluxo se iniciou em 2015<sup>49</sup>.

A migração haitiana surgiu de maneira mais intensa em 2010, por causas ambientais relativas ao terremoto ocorrido no Haiti em 12 de janeiro de 2010, mas desde então o fluxo migratório Haiti-Brasil não parou,

---

<sup>47</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). **World Migration Report 2018**. Genebra: IOM, 2018. Disponível em: <https://www.iom.int/wmr/world-migration-report-2018>. Acesso em: 20 jul. 2019. p. 80.

<sup>48</sup> POLÍCIA FEDERAL. **Imigração Venezuela/Brasil**. [s. l.]: Coordenação Geral de Polícia de Imigração, abr. 2019. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/apresentacao-policia-federal-ate-abril-de-2019.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019. p. 32.

<sup>49</sup> POLÍCIA FEDERAL. **Imigração Venezuela/Brasil**. [s. l.]: Coordenação Geral de Polícia de Imigração, abr. 2019. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/apresentacao-policia-federal-ate-abril-de-2019.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019. p. 13.

tornando-se, nos anos seguintes, uma migração econômica, uma vez que a maior parte da população haitiana encontra-se em situação de extrema vulnerabilidade social<sup>50</sup>. Já a partir de 2015 um novo fluxo migratório intenso se inaugurou, em razão da crise política, econômica, social e humanitária da Venezuela<sup>51</sup>.

Apesar do referido cenário, somente em 2018 foi criada a primeira política pública migratória brasileira, através da Operação Acolhida, na qual o governo federal brasileiro, em parceria com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e a Organização Internacional para as Migrações (OIM), desenvolveu uma série de medidas para melhorar a situação de vulnerabilidade social dos imigrantes venezuelanos no Brasil, assim como para os cidadãos brasileiros residentes no Estado de Roraima, zona de fronteira com a Venezuela por onde chegam a maioria desses imigrantes.

Assim, a Operação Acolhida trouxe dois pilares de política pública. O primeiro é a construção e gestão de abrigos de acolhimento para os imigrantes venezuelanos no Estado de Roraima, nas cidades de Pacaraima, fronteira com a Venezuela, e na cidade de Boa Vista, capital do Estado, em virtude destas serem as mais sobrecarregadas com o fluxo. Até o momento já foram construídos 13 abrigos ao todo, com uma média de 5 a 6 mil imigrantes abrigados<sup>52</sup>.

O segundo pilar é o Programa Nacional de Interiorização (PNI)<sup>53</sup>, com o objetivo de descentralizar a concentração de venezuelanos no Estado de Roraima, por meio da sua distribuição a Municípios de outros Estados da

---

<sup>50</sup> MAMED, Leticia Helena. Haitianos no Brasil: a experiência da etnografia multisituada para investigação de itinerários migratórios e laborais sul-sul. In: BAENINGER, Rosana *et al* (org.). **Migrações Sul-Sul**. 2 ed. Campinas: NEPO/UNICAMP, 2018. p. 67-68.

<sup>51</sup> POLÍCIA FEDERAL. **Imigração Venezuela/Brasil**. [s. l.]: Coordenação Geral de Polícia de Imigração, abr. 2019. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/apresentacao-policia-federal-ate-abril-de-2019.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019. p. 37.

<sup>52</sup> CASA CIVIL. **Operação Acolhida – Histórico**. Brasília – DF: Casa Civil, 5 abr. 2019. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/historico>. Acesso em: 20 jul. 2019.

<sup>53</sup> SILVA, Camila Rodrigues da. Sínteses, reflexões e perspectivas sobre a política de interiorização no acolhimento de venezuelanos em 2018. In: BAENINGER, Rosana *et al* (org.). **Migrações Sul-Sul**. 2ª ed. Campinas: NEPO: UNICAMP, 2018. p. 323.

federação<sup>54</sup>. A fim de que haja a referida descentralização, os Municípios brasileiros precisam se candidatar voluntariamente ao programa para receber esses imigrantes, cumprindo com alguns requisitos necessários para a acolhida. Assim, os Municípios que se propõem a participar do PNI e a receber os imigrantes venezuelanos devem apresentar um plano que contenha a indicação de como serão oferecidos os elementos necessários para a acolhida, como alojamento para habitação temporária de até seis meses, garantia de alimentação e de produtos de higiene pessoal, serviços de regularização documental, auxílio para a inserção no mercado de trabalho, serviços de assistência social, etc<sup>55</sup>.

Apesar de ser um avanço na política migratória brasileira, o PNI apresenta uma série de problemas ou limitações. Entre eles, pode-se destacar que apenas pouco mais de 5% dos imigrantes venezuelanos que ingressaram no Brasil (conforme registros da Polícia Federal), foram beneficiados pelo Programa, quando este contava com oito meses de duração – em abril de 2019 completou um ano de existência -, talvez em razão do baixo número de Municípios que estão participando. Até novembro de 2018, a Casa Civil informou a participação de somente vinte e cinco Municípios no Programa. Outro problema é o caráter temporário da habitação, que varia entre seis meses e um ano, e, em razão da dificuldade de inserção desses imigrantes no mercado de trabalho, estes podem ficar em situação de total desamparo<sup>56</sup>, sem moradia e sem o exercício de atividade remuneratória.

Ademais, outro grande problema desta política migratória é que, além de tardia, veio exclusivamente para os imigrantes venezuelanos, que apesar de estarem vindo em grande escala e em situação de vulnerabilidade, estão em menor quantidade e há menos tempo do que imigrantes

---

<sup>54</sup> PACÍFICO, Andrea Pacheco; SANTANA, Mônica; SILVA, Sarah Fernanda Lemos. A proteção aos refugiados na Paraíba: uma análise descritiva do Programa Nacional de Interiorização (PNI) dos venezuelanos. In: BAENINGER, Rosana et al. (org.). **Migrações Venezuelanas**. Campinas: NEPO: UNICAMP, 2018. p. 271-272.

<sup>55</sup> BRASIL; CNM; ACNUR. **Campanha de interiorização + humana**. Brasília – DF: BRASIL, CNM, ACNUR, 2019. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/02/Folder\\_Interiorizac%CC%A7a%CC%83o\\_Humana.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/02/Folder_Interiorizac%CC%A7a%CC%83o_Humana.pdf). Acesso em: 20 jul. 2019.

<sup>56</sup> SILVA, Camila Rodrigues da. Sínteses, reflexões e perspectivas sobre a política de interiorização no acolhimento de venezuelanos em 2018. In: BAENINGER, Rosana et al. (org.). **Migrações Venezuelanas**. Campinas: NEPO: UNICAMP, 2018. p. 324-325.

haitianos e bolivianos, os quais encontram-se há anos em situação de extrema vulnerabilidade social em território brasileiro, sem qualquer amparo do governo. Nesse sentido, atualmente há no Brasil 109.162 imigrantes haitianos, os quais migram intensamente desde 2010, fugindo de desastre ambiental e situação de pobreza extrema, e há 102.112 imigrantes bolivianos, fluxo histórico sul-americano desde a segunda metade do século XX e também de pessoas em situação de vulnerabilidade social extrema. Já em relação aos imigrantes venezuelanos, há 68.449 pessoas, fugindo desde meados de 2015 da crise humanitária na Venezuela.

Tal cenário indica a ausência de vontade política do governo brasileiro em acolher os imigrantes haitianos e bolivianos, o que, conseqüentemente, pode demonstrar que o desenvolvimento da política migratória aos venezuelanos, apesar de positiva, pode ter inclinações políticas terceiras, que não sejam tão somente a proteção dos direitos humanos de pessoas migrantes no Brasil, já que se assim o fosse, a maior população migrante do país e em situação de extrema vulnerabilidade social, que é o caso dos haitianos, não estaria desamparada de total ausência de política pública, enquanto para outra nacionalidade tal política é desenvolvida.

Registra-se que não se pretende aqui fazer uma afirmação a respeito da exata motivação da opção do governo federal brasileiro em não adotar uma política pública para os haitianos, pois pode haver uma complexidade de razões. Entretanto, o contexto fático da situação indica que há inclinações políticas terceiras envolvidas, que não dizem respeito exclusivamente ao cumprimento dos direitos humanos dos migrantes e dos princípios de acolhida humanitária, o que pode ser em virtude da crise na Venezuela, que tem dividido a comunidade internacional politicamente. Nesse sentido, o Brasil vem sustentando a posição contra o atual governo venezuelano de Nicolás Maduro - o qual está sendo colocado como responsável causador da crise que gera intenso fluxo migratório de venezuelanos

- e apoiando a oposição liderada pelo autoproclamado presidente interino Juan Guaidó<sup>57</sup>.

De qualquer forma, está-se diante de ações que, apesar de serem boas, uma vez que causam impacto positivo para os imigrantes venezuelanos, ela não é praticada com boa vontade, pois possui inclinações terceiras, que podem ter certa utilidade para o governo que está as praticando. Tais ações acabam por não cumprir com o imperativo categórico de Kant, uma vez que derivam da razão vulgar, o que representa, também, a crítica kantiana ao utilitarismo. Ademais, independentemente das motivações, não está sendo cumprido o direito inato à igualdade entre as diferentes nacionalidades de imigrantes no Brasil, o qual tanto está fortemente presente na teoria de Kant, quanto no art. VII da Declaração Universal de Direitos Humanos, conforme antes visto.

### **Considerações finais**

A partir do desenvolvimento do presente artigo, se buscou responder se o tratamento dispensado aos imigrantes no Brasil, através dos Poderes Executivo e Judiciário em suas políticas públicas e decisões judiciais, tem como base os fundamentos dos direitos humanos universais presentes na teoria kantiana.

Primeiramente, foram vistos alguns aspectos da teoria de Kant, presentes nas obras *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Metafísica dos Costumes*. Em tais obras Kant delinea os fundamentos do princípio supremo da moralidade – imperativo categórico –, bem como os princípios que devem nortear a doutrina do direito. Assim, traz a concepção de deveres e direitos universais. Tais leis universais instituem direitos e deveres morais para consigo mesmo e com os outros, e derivam da razão prática pura. A partir disso, Kant traz a concepção de dignidade humana utilizada

---

<sup>57</sup> FOREIGN POLICY. **Maduro vs. Guaidó: A Global Scorecard**. [s. l.], 6 feb. 2019. Disponível em: <https://foreign-policy.com/2019/02/06/maduro-vs-guaido-a-global-scorecard-map-infographic/>. Acesso em: 16 jul. 2019.



ao longo da história nos principais tratados internacionais de direitos humanos, através da máxima do imperativo categórico que estabelece o dever universal de tratar os outros como fins em si mesmos e nunca como meio, evitando, assim, o utilitarismo, que deriva de ações movidas por inclinações terças. Ainda, Kant estabelece os direitos inatos à liberdade e à igualdade, a partir, sobretudo, da razão prática pura, que necessita da autonomia da vontade.

Quanto ao tratamento dispensado ao imigrante no Brasil, foram selecionadas uma decisão judicial proferida pelo STF no tema migratório e a única política pública migratória desenvolvida pelo país até o presente momento. Na decisão judicial analisada, Recurso Extraordinário nº 587.970, de 2017, verifica-se que os Ministros do STF reconheceram o direito dos estrangeiros com residência legal no Brasil a receber o benefício constitucional de prestação continuada. Em tal decisão podem ser destacados fundamentos que demonstram a clara influência de Kant no direito brasileiro, aos serem citados tratados internacionais de direitos humanos na matéria e ao se discorrer acerca dos elementos do princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, os Ministros também baseiam seus votos na baixa probabilidade de algum estrangeiro utilizar na prática o benefício concedido, se apegando ao fato de que os imigrantes passam por rigoroso processo de seleção para ingressar no Brasil, não se permitindo a entrada de pessoas que se encontrem em situação de vulnerabilidade social. Tal fundamento não somente vai expressamente contra diversos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mas também contra a própria concepção de dignidade humana em Kant, não se tratando de uma ação por dever, mas, sim, tão somente conforme o dever, o que não está de acordo com a lei moral universal.

Em seguida, ao analisar a primeira e única política pública migratória brasileira, a Operação Acolhida, em especial o PNI, em conjunto com o panorama migratório brasileiro, verificou-se que o tema ainda precisa avançar, a fim de os fundamentos da proteção da pessoa migrante serem

exclusivamente com base em sua dignidade humana, em estrito cumprimento ao princípio universal estabelecido por Kant. Isso porque há populações migrantes em situação de extrema vulnerabilidade e em grande número no Brasil há anos, e estas nunca foram amparadas por políticas públicas, e a primeira política criada foi para imigrantes de uma nacionalidade específica. Apesar de os imigrantes da nacionalidade amparada estarem em situação de vulnerabilidade, estão em menor quantidade e há menos tempo que os demais no Brasil, o que pode indicar que as políticas públicas migratórias no país são guiadas por inclinações terceiras, as quais não têm relação exclusiva com a proteção dos migrantes, mas, sim, com vontades políticas ou ausência destas vontades caso a caso. Isso não está, por conseguinte, de acordo com o princípio universal da teoria kantiana, já que a decisão de instituir tal política se deu, conforme visto, pela razão vulgar.

Diante de todo o exposto, é confirmada a hipótese apresentada ao problema de pesquisa, que é a de que, apesar de o tema vir avançando nos últimos anos, o Poder Executivo e Judiciário brasileiros, mesmo tendo grande consideração pela teoria kantiana, em muitos momentos contradizem os fundamentos dos direitos humanos contidos nesta, fundamentando decisões e praticando atos com motivações terceiras, que não sejam tão somente a dignidade da pessoa humana.

## Referências

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL; CNM; ACNUR. **Campanha de interiorização + humana**. Brasília – DF: BRASIL, CNM, ACNUR, 2019. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/02/Folder\\_Interiorizac%CC%A7a%CC%83o\\_\\_Humana.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/02/Folder_Interiorizac%CC%A7a%CC%83o__Humana.pdf). Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 6.214 – Regulamento do Benefício de Prestação Continuada**. Brasília – DF, 26 set. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm#art4](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm#art4). Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 8.742 – Lei Orgânica da Assistência Social**. Brasília – DF, 7 dez. 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm). Acesso em: 20 jul. 2019.

CASA CIVIL. **Operação Acolhida – Histórico**. Brasília – DF: Casa Civil, 5 abr. 2019. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/historico>. Acesso em: 20 jul. 2019.

FOREIGN POLICY. **Maduro vs. Guaidó: A Global Scorecard**. [s. l.], 6 feb. 2019. Disponível em: <https://foreignpolicy.com/2019/02/06/maduro-vs-guaido-a-global-scorecard-map-infographic/>. Acesso em: 16 jul. 2019.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). **World Migration Report 2018**. Genebra: IOM, 2018. Disponível em: <https://www.iom.int/wmr/world-migration-report-2018>. Acesso em: 20 jul. 2019.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MAMED, Leticia Helena. Haitianos no Brasil: a experiência da etnografia multisituada para investigação de itinerários migratórios e laborais sul-sul. In: BAENINGER, Rosana et al (org.). **Migrações Sul-Sul**. 2 ed. Campinas: NEPO/UNICAMP, 2018. p. 66-96.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Paris: ONU, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

PACÍFICO, Andrea Pacheco; SANTANA, Mônica; SILVA, Sarah Fernanda Lemos. A proteção aos refugiados na Paraíba: uma análise descritiva do Programa Nacional de Interiorização (PNI) dos venezuelanos. *In*: BAENINGER, Rosana *et al.* (org.). **Migrações Venezuelanas**. Campinas: NEPO: UNICAMP, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

POLÍCIA FEDERAL. **Imigração Venezuela/Brasil**. [s. l.]: Coordenação Geral de Polícia de Imigração, abr. 2019. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/apresentacao-policia-federal-ate-abril-de-2019.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

SILVA, Camila Rodrigues da. Sínteses, reflexões e perspectivas sobre a política de interiorização no acolhimento de venezuelanos em 2018. *In*: BAENINGER, Rosana *et al.* (org.). **Migrações Sul-Sul**. 2ª ed. Campinas: NEPO: UNICAMP, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 587.970 - SP**. Brasília - DF: STF, 20 abr. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>. Acesso em: 20 jul. 2019.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). **Global Trends. Forced displacement in 2018**. Geneva: UNHCR, 2019. Disponível em: [https://www.unhcr.org/5do8d7ee7.pdf#\\_ga=2.83994777.1225343878.1560779393-685702386.1530279534](https://www.unhcr.org/5do8d7ee7.pdf#_ga=2.83994777.1225343878.1560779393-685702386.1530279534). Acesso em: 18 jul. 2019.

VIZCARRA, Ana Elizabeth Villalta. Migración, asilo y refugio. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Belo Horizonte, ano CII, v. 103, n. 125-130, p. 709-729, jul./dez. 2017. Disponível em: <[https://drive.google.com/file/d/1U8Jym4r61ghZelJj\\_HgNoJM-okPJtMd/view](https://drive.google.com/file/d/1U8Jym4r61ghZelJj_HgNoJM-okPJtMd/view)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

## Sobre autores e autoras

**Vicente de Paulo Barretto.** Pós-doutor pela Maison des Sciences de L'Homme, Paris. Livre-docente em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRJ). Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Guanabara. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consultor *ad hoc* da área de Direito e de Filosofia da CAPES. Consulto *ad hoc* na área do Direito do CNPQ. Bolsista de produtividade científica no CNPQ, nível 1. Membro do *Board of Governors da International Association of Law School* (IALS). Presidente do Fórum Permanente Filosofia, Ética, e Sistemas Judiciais da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Membro do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio (CNC).

**Sara Alacoque Guerra Zaghout.** Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Bolsista CAPES/PROEX. em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Processo Penal. Integrante do grupo de pesquisa “Liberdade e Garantias”, coordenado pelo prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy (PPGD/UNISINOS). Advogada

**Clarice Gonçalves Pires Marques.** Doutoranda em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Mestra em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Graduada em Psicologia e Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Advogada. Psicóloga.

**Ademir José Fröhlich.** Mestrando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado. Graduado em Ciências Econômicas e Ciências Jurídicas e Sociais (UNISINOS). Pós-Graduado em Relações Internacionais e Diplomacia (UNISINOS).

**Adriana Bohnert.** Mestranda em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Assessora voluntária na Segunda Câmara Crime do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista

em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogada.

**Andressa Piuco.** Mestranda em Direito Público no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

**Bruna Marques da Silva.** Mestranda em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CNPq. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Integrante do Núcleo de Direitos Humanos (UNISINOS).

**Carlos Eduardo Alban.** Doutorando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Médico pela Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

**Dailor Sartori Junior.** Doutorando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Especialista em Ética e Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado.

**Fernanda Miler Lima Pinto.** Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal. Integrante do grupo de pesquisa “Liberdade e Garantias”, coordenado pelo prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy (PPGD/UNISINOS), Advogada.

**Guilherme Christen Möller.** Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Advogado e Consultor Jurídico.

**Jessica Rosa Painkow.** Doutoranda em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Agrário e Agronegócio pela Faculdade Casa Branca (FACAB). Advogada.

**Larissa de Oliveira Elsner.** Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada.

**Liziane Rodriguez.** Doutoranda em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal e Política Criminal, Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Advogada.

**Luiz Bruno Lisbôa de Bragança Ferro.** Doutorando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Graduado pela Universidade Tiarantes (UNIT/SE). Professor Efetivo da Universidade Federal de Roraima, Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica e Defesa de Direitos Humanos (NPJDH). Advogado.

**Maiqui Cardoso Ferreira:** Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), Mestre em Direito E Sociedade pela Unilasalle Canoas, Especialista em Direito Administrativo.

**Paulo Thiago Fernandes Dias.** Doutorando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor de Direito Penal na Universidade CEUMA e de Direito Processual Penal na Faculdade UNISULMA-IESMA. Integrante do grupo de pesquisa “Liberdade e Garantias”, coordenado pelo prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy (PPGD/UNISINOS). Advogado.

**Rafaela Santos Martins da Rosa.** Doutoranda em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito e Sustentabilidade pela Universidade de Alicante, Espanha, e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí/SC (UNIVALI). Magistrada Formadora da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Professora da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecocomplexidade do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Presidente da Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul (AJUFERGS).

**Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança Ferro:** Doutora e Mestre em Saúde e Ambiente – UNIT/SE. Especialista em Políticas Sociais – UNB. Bacharela em Direito e Serviço Social – UNIT/SE. Professora Direito do Centro Universitário Estácio da Amazônia e Faculdade Cathedral /RR. Coordenadora do curso Serviço Social do Centro Universitário Estácio da Amazônia.

**Vitória Volcato da Costa.** Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Voluntária no SADHIR/PUCRS (Serviço de Assessoria em Direitos Humanos para Imigrantes e Refugiados da PUCRS). Advogada.